J. c.
0
313ª

Das

System

des

Concurses der Gläubiger,

nach dem

gemeinen in Deutschland geltenden Rechte.

Von

Dr. A. Schweppe,

ehemaligem Professor zu Kiel und zu Göttingen, jetzigem Oberappellationsrathe zu Lübeck.

Dritte, über ein Viertel vermehrte, Ausgabe.

Göttingen,

bei Vandenhoeck und Ruprecht.

1829.

BIBLIOTHECA
CIVITATIS
BABENBERGENSIS.

Vorrede.

Schon als ich im Jahr 1804 zu Göttingen den ersten Abriß zu meinen Vorlesungen über die Pandecten drucken ließ, kam unter den Modificationen der dinglichen Rechte und der Obligationen neben den Familienverhältnissen und den Rechten auf den Todesfall auch der Concurs der Gläubiger vor, ganz in der Art, wie er kürzlich wieder von Thibaut, Mackeldey und Valett mitgenommen ist; eine Methode, welche gewiß viel für und nur dies wider sich hat, daß der Concurs zum Theil auf Nichtrömischen Elementen beruht, da doch die Pandecten blos für das Römische Recht bestimmt sind. Seitdem führte mich das im J. 1805 in Kiel übernommene Lehramt auch zu Vorlesungen über den Civilproceß, und so nahm ich zum Zweck des Zeitgewinnes aus den Pandecten das Concursrecht und aus dem Civilproceß den Concursproceß zu einer eigenen Vorlesung über den Concurs, welche ich publice hielt, zusammen.

Hieraus gieng im J. 1812 die erste Ausgabe des Systems des Concurses der Gläubiger hervor, und zwar in der Gestalt eines bloßen Lehrbuchs, dessen weitere Erläuterung den Vorlesungen selbst überlassen blieb. Das Buch wurde noch in dem nämlichen Jahre in den Göttingischen gelehrten Blättern von Hugo angezeigt; die Recension enthielt keine Materialien zur Verbesserung der Schrift, sagte auch über das Buch fast gar nichts, sie war aber in anderer Beziehung sehr wohlwollend.

Zehn Jahre später gab ich die academische Laufbahn gegen eine practische auf. Zugleich war in der Zwischenzeit das Buch lange vergriffen. Als daher im Jahre 1824 die zweite Ausgabe erschien, wurde das, was bisher für die Vorlesungen bestimmt war, in das Buch selbst übertragen, und dieses dadurch um das Doppelte stärker. Eine in demselben Jahre erschienene Recension in den Göttingischen gelehrten Anzeigen rühmte die Methode und die klare, kunstgerechte, Anordnung des Buches. Auch eine Recension in der Jenaischen Lit. Zeit. v. 1826. No. 22. ließ der Schrift hinreichende Gerechtigkeit widerfahren. Ausstellungen, welche zur Verbesserung führen konnten, fanden sich in keiner der beiden Anzeigen. Eine ziemlich ungünstige Stimme erhob Kori in der Vorrede zu der zweiten Ausgabe seiner Schrift über den Concurs. Er sagt: „in meiner Schrift seyen viele wichtige Fragen, welche in älterer und neuerer Zeit die Concurs-

gerichte beschäftigt hätten, entweder übergangen, oder zu dürftig dargestellt, oder unrichtig beurtheilt worden, wie mir denn seine frühere Bearbeitung dieser Theorie ganz unbekannt geblieben sey." Dies letzte war nun keinesweges der Fall; ich hielt das Buch ziemlich vergessen, zumal nach dem sehr competenten Urtheile, was in einem allgemein bekannten Buche darüber zu lesen war. Was die mir vorgeworfenen unrichtigen Ansichten betrifft, so sind unten bei der Litteratur einige Proben aus der Schrift meines Censors mitgetheilt (§. 8.); sie werden zur Genüge ergeben, daß unser beiderseitiger Standpunkt zu verschieden ist, als daß wir beide jemals einander genügen könnten. Ueber die angeschuldigte Unvollständigkeit und Dürftigkeit wird noch weiter unten etwas gesagt werden.

Viel früher, als ich erwartet hatte und als es mir einer anderen Arbeit wegen lieb war, führte die Vergreifung der vorigen Ausgabe zu der gegenwärtigen dritten. Schon eine oberflächliche Vergleichung mit der vorigen wird zeigen, wie vieles darin verbessert ist. Zugleich ist das Buch über ein Viertel stärker geworden, was nur darum weniger in die Augen springt, weil so sehr für eine größere Oeconomie des Druckes gesorgt ist. Uebrigens hoffe ich nun dahin gekommen zu seyn, daß, wenn künftig noch neue Ausgaben nöthig werden sollten, wesentliche Verbesserungen und Erweiterungen nicht mehr vorzukommen brauchen.

Die vorliegende Bearbeitung hat es nur mit dem heutigen, in Deutschland geltenden, Concurse zu thun. Deshalb konnte der Römische, so wie der Germanische Concurs, hier gar nicht als ein Ganzes behandelt werden; wenn gleich die Materialien häufig daraus entlehnt werden müssen. Zugleich ist nur der gemeine Concurs gegeben, und alles Particularrechtliche ausgeschieden; aber nur weil ich nichts Vollständiges darüber zu geben wußte, denn sonst ist selbst zur Darstellung des gemeinen Rechts das Particularrecht ein wichtiges Hülfsmittel, und ich möchte nicht die unverständige Vornehmigkeit theilen, mit welcher Manche auf das Particularrecht herabsehen.

Hauptsächlich ist der Concurs von seiner practischen Seite dargestellt. Die geschichtliche Ausbildung ist zwar wohl weniger vernachlässigt, als in anderen Schriften über den Concurs, aber von dieser Seite Erhebliches zu leisten, dazu fehlt es mir an Hülfsmitteln und an Muße. Auch kann die historische Untersuchung nur bei einer Ausdehnung auf den ganzen Civilproceß gedeihliche Resultate liefern, welche sicher zu hoffen sind, wenn diesem Theile des Wissens die demselben seit einiger Zeit zugewandten Talente nicht wieder entzogen werden. Sehr wichtig ist die legislatorische Seite; dennoch ist von dieser her der Concurs durch das Buch nur insofern weiter gebracht, als eine Darstellung des bisher geltenden Rechts eine unerläßliche Grundlage zu Verbesserungen ist, denn eine

Schrift, welche die legislatorische Seite durchweg in den Kreis der Untersuchung ziehen wollte, müßte nothwendig nach einem anderen Plane gearbeitet werden.

Wenn hier der Concurs losgetrennt von dem übrigen System als ein eigener Rechtstheil behandelt ist, so kann dies keinesweges nothwendig heißen; indessen hat es immerhin seinen Nutzen, einmal das ganze Gebiet einer einzelnen Rechtslehre zu übersehen, besonders auch für den Fall, daß etwa eine neuere Gesetzgebung, ohne an dem übrigen Rechte zu ändern, doch eine bessere Concursordnung zu schaffen beabsichtigte. Auch läßt sich bei einer solchen abgesonderten Darstellung ein größeres Detail geben, was ebenfalls seinen Nutzen hat, besonders bei einer so practischen Materie, wie dem Concurse, bei deren Behandlung schon die ältesten Schriftsteller über den Concurs aus dem 17ten Jahrhunderte von der großen Anzahl der Concurse reden, deren Abnahme die Erfahrung nicht zeigt und niemals zeigen wird. Insofern nun der Concurs auf einer Zusammenlese aller derjenigen Sätze beruht, welche sich aus dem ganzen Rechtssystem auf den einzelnen hier vorliegenden Gegenstand beziehen, ist es oft schwierig, die Grenzen zu finden, um darnach zu bestimmen, was man mit aufnehmen und was man dem System des ganzen übrigen Rechts überlassen soll. Da die Paulianische Klage auch außer dem Concurse vorkommt, so ist hier nur mitgenommen, was davon in unmittelbarer Berührung mit dem Concurse steht. Aus

dem Lehenrechte ist nichts aufgenommen, weil die innere Verbindung seiner Theile eine Erörterung einzelner Materien außer dem Zusammenhange des Ganzen nicht wohl erlaubte. Aus dem nämlichen Grunde sind auch manche Institute des Deutschen Privatrechts, wie die Location des dotalitium und vidualitium u. s. w. ganz weggelassen; andere, wie der Einfluß der ehelichen Gütergemeinschaft auf den Concurs u. s. w. nur kurz berührt; es konnte dies auch um so eher geschehen, als keine Schrift über das Deutsche Privatrecht diese Materien unerörtert läßt. Auch von dem Wechselrechte ist nur Einzelnes berührt.

In Rücksicht auf Vollständigkeit der Schrift findet sich wohl manches darin, was man in anderen Büchern vergebens sucht. Gleichwohl gebe ich gern zu, daß manche Einzelnheit, welche sich in gar keinen wissenschaftlichen Zusammenhang bringen läßt, fehlen mag. Das Buch hält die Mitte zwischen den Lehrbüchern und den ausführlichen Werken. Von der compendiarischen Darstellung ist der Vortheil eines schnellen Ueberblicks möglichst beibehalten; zugleich aber ist die Schrift durch Deutlichkeit, Vollständigkeit und Angabe der Hauptgründe der Sätze den ausführlicheren Werken angenähert. Grade diese Art der Bearbeitung eines Fachs ist mir die liebste, und ich habe sie für meine Schriften über die Rechtsgeschichte, über die Pandecten und über den Concurs gleichmäßig gewählt.

Gegen die in dem Buche befolgte Methode wird sich nichts Wesentliches erinnern lassen, da ich gesucht habe, alle Sätze im Lichte der Quellen darzustellen, so viel als möglich die Wurzel von allem aufzusuchen und die Darstellung auf diese zurückzuführen, die nachtheilige Vermischung von Sätzen verschiedenartiger Quellen, namentlich der Römischen und Deutschen Elemente zu vermeiden, endlich aber alle Sätze mit möglichster Schärfe und Bestimmtheit hinzustellen.

Durch die in der Schrift gewählte Anordnung ist zugleich dafür gesorgt, daß das Nachfolgende durch das Vorstehende seine Erläuterung findet, die Materien möglichst wenig zerstückelt sind, und jede an dem Platze steht, wo die natürliche Folge der Lehren sie erwarten läßt. Daher fürchte ich denn würklich nicht, meine Leser an den *labyrinthus creditorum concurrentium*, wie Salgado de Somoza den Concurs nennt, und an die Nothwendigkeit des Besitzes des Fadens der Ariadne, im Ernste zu erinnern. Die Sonderung des Concursrechtes und Processes ist zwar in der gegenwärtigen Schrift zuerst versucht, sie hat aber bei Niemandem Anstoß erregt. Es ist sogar schon versucht, den Concurs einzelner Länder nach der hier befolgten Anordnung darzustellen [1]).

Ueber die Dürftigkeit der Litteratur in meinen Schriften ist schon öfter geklagt, und ich weiß nicht,

1) Ueber Concursrecht und Concursverfahren im Herz. Schleswig v. Scholtz. Schlesw. 1822.

ob die gegenwärtige diesem Vorwurfe entgehen wird. Was sich von Abhandlungen über den Concurs in meiner Nähe auffinden ließ, ist indessen sorgfältig verglichen; ich habe aber freilich bei weitem nicht alles des Anführens werth gehalten, namentlich gilt dies fast von allen Compendien, welche selten eine größere Ausbeute, als eine Stimme mehr für diese oder jene Meinung geben, womit begreiflich wenig gewonnen ist. Etwas, was ich nicht mit eigenen Augen gesehen, oder nicht vollständig und im Zusammenhange gelesen habe, ist niemals angeführt; welches Verfahren sich billig Jeder zum Gesetz machen sollte, um der täglich lauter werdenden Klage über falsche Allegate, Anführung unbedeutender Stellen und Mißverständnisse der angezogenen Schriften zu begegnen.

Schließlich erkenne ich die freundliche Aufnahme, welche sowohl dieser Schrift über den Concurs, als meinen übrigen, bei dem größeren Publicum bisher zu Theil geworden ist, mit lebhaftem Danke. Der Wunsch nach einem Mehren wäre unbescheiden, und mein höchster Wunsch ist, daß es bleibe, wie bisher.

Geschrieben zu Lübeck im May 1829.

Uebersicht.

Einleitung.

I. Begriff des Concurses. §. 1.

II. Römischer Concurs.

A. Immission. §. 2.

B. Cession. §. 3.

C. Critik des Römischen Concurses. §. 3. a.

III. Germanischer Concurs. §. 4.

IV. Heutiger Concurs.

A. Ursprung. §. 5.

B. Critik. §. 6.

C. Quellen. §. 7.

D. Litteratur. §. 8.

E. Einreihung und Anordnung des Concurses. §. 9.

Erstes Hauptstück.

Von der Person des Schuldners. §. 10.

Zweites Hauptstück.

Von einigen Fundamentalprincipen des Concurses. §. 11.

Drittes Hauptstück.

Von den Abwendungsmitteln des Concurses. §. 12.

I. Moratorium.
- A. Erlangung. §. 13.
- B. Würkungen. §. 14.
- C. Einschränkungen. §. 15.
- D. Sicherstellung der Creditoren. §. 16.
- E. Moratorium durch Terminzahlung. §. 17.
- F. Moratorium für ein ganzes Land. §. 18.

II. Nachlaß.
- A. Erlangung. §. 19.
- B. Bedingungen des nothwendigen Nachlasses. §. 20.
- C. Gläubiger, welche an den nothwendigen Nachlaß nicht gebunden sind. §. 21.
- D. Würkungen des Nachlasses. §. 22.
- E. Anfechtung des Nachlasses. §. 23.

Viertes Hauptstück.

Von Entstehung des Concurses.

I. Nothwendige Bedingung des Concurses. §. 24.
II. Befugniß die Eröffnung des Concurses zu verlangen. §. 25.
III. Anfangspunkt des Concurses. §. 26.
IV. Formeller, materieller und imminenter Concurs. §. 27.
V. Rechtswohlthat der Güterabtretung. §. 28.

Fünftes Hauptstück.

Von den Würkungen des Concurses. §. 29.

1. Abschn. Von den Folgen für die Person. §. 30.

2. Abschn. Von den Dispositionen des Schuldners.

I. Verlust der Dispositionsfähigkeit des Schuldners. §. 31.

II. Anfechtung der Dispositionen des Schuldners.

A. Aus der Person des Cridars. §. 32.

B. Aus der Person der Gläubiger. §. 33.

III. Dispositionen, welche durch den Concurs ihre Endschaft erreichen. §. 34.

3. Abschn. Von dem Vermögen des Schuldners.

I. Allgemeine Angabe dessen, was zur Masse gehört. §. 35.

II. Aufzählung des Einzelnen. §. 36.

III. Ausgenommene Gegenstände.

A. Wegen des eigenen Willens der Gläubiger. §. 37.

B. Wegen Beschaffenheit des Gegenstandes. §. 38.

C. Wegen der Rechte Anderer. §. 39.

IV. Lasten der Masse.

A. Einzelne Lasten.

1. In Rücksicht des Cridars. §. 40.

2. In Rücksicht anderer Berechtigten. §. 41.

B. Rechtsverhältniß der Masselasten. §. 42.

4. Abschn. Von den Ansprüchen im Concurse. §. 43.

1. Abth. Von den Vindicanten.

I. Vindicanten zum Zweck des Behaltens. §. 44. 45.

II. Vindicanten zum Zweck der Befriedigung. §. 46.

III. Rechtsverhältniß der Pfandgläubiger. §. 47.

2. Abth. Von den Massegläubigern. §. 48.

3. Abth. Von den Concursgläubigern.

I. Bestimmung der zur Theilnahme am Concurse geeigneten Gläubiger. §. 49 — 51.

II. Einige allgemeine Grundsätze über die Rechtsverfolgung im Concurse. §. 52.

III. Rechtsverfolgung außer dem Concurse. §. 53.

IV. Rechtsverhältniß der Concursgläubiger. §. 54.

1. Abs. Von dem Corps der Gläubiger. §. 55.

I. Verhältniß der Creditoren hinsichtlich der Masse. §. 56 — 58.

II. Verhältniß der Creditoren zu Dritten.

A. Aus der Repräsentation des Cridars.

1. Allgemeiner Gesichtspunkt. §. 59.

2. Ausführung der einzelnen Folgen.

a. Einforderung der in fremden Händen befindlichen Sachen. §. 60.

b. Eincassirung ausstehender Forderungen. §. 61.

c. Eintritt in die vom Cridar eingegangenen, noch nicht beendigten, Contracte. §. 62.

B. Aus ihrer eigenen Person. §. 63. 64.

III. Verhältniß des Corps der Gläubiger zu den einzelnen Mitgliedern. §. 65.

2. Abs. Von den einzelnen Gläubigern. §. 66.

I. Classification der Gläubiger. §. 67.

A. Erste Classe. §. 68.

B. Zweite und dritte Classe.

1. Pfandrechte bei dem alten Eigenthümer. §. 69.

2. Privilegirte. §. 70. 71.

3. Simple. §. 72.

4. Besondere Rangordnung der öffentlichen und Privatpfandgläubiger. §. 73.

5. Deutsche Einrichtungen. §. 74.

C. Vierte Classe. §. 75 — 78.

D. Fünfte Classe. §. 79.

E. Allgemeine Regeln der Priorität. §. 80.

II. Befriedigung der Gläubiger.
A. Vor Eröffnung des Concurses.
1. Gültigkeit. §. 81.
2. Anfechtung.
a. Abgesehen von der Paulianischen Klage. §. 82.
b. Nach den Grundsätzen der Paulianischen Klage. §. 82. a.
c. Nach den Grundsätzen des Gratificationsprincips. §. 82. b.
B. Während des Concurses.
1. Aufhebung der Prävention. §. 83.
2. Art der Befriedigung. §. 84.
3. Zeit der Befriedigung. §. 85.
4. Impugnation der Befriedigung. §. 86.
C. Nach Beendigung des Concurses. §. 87.

Sechstes Hauptstück.

Von Beendigung des Concurses. §. 88.

Siebentes Hauptstück.

Von dem Verfahren im Concurse.
I. Gegenstand des Concursprocesses. §. 89.
II. Eigenthümlichkeiten des Concursprocesses. §. 90.
III. Kosten des Concurses. §. 91.
1. Abschn. Von den Subjecten des Concursprocesses.
I. Von den Hauptpersonen.
A. Vom Concursgerichte. §. 92 — 94.
B. Von den Concursgläubigern. §. 95.
C. Von dem Cridar. §. 96.
II. Von den Nebenpersonen. §. 97.
A. Vom Güterpfleger. §. 98 — 101.
B. Vom Contradictor. §. 102 — 104.
C. Von anderen Nebenpersonen. §. 105.

2. Abschn. Von dem Verfahren.

1. Abth. Von dem Verfahren in Bezug auf die Abwendung des Concurses. §. 106.

2. Abth. Von dem Verfahren in Bezug auf die Eröffnung. §. 107 — 110.

3. Abth. Von dem Verfahren nach Eröffnung des Concurses. §. 111.

1. Tit. Von den Handlungen vor dem Liquidationstermine.
I. Sofort zu ergreifende Maaßregeln. §. 112.
II. Ladung an die Gläubiger. §. 113.
III. Bestellung des Güterpflegers und Contradictors. §. 114.

2. Tit. Von den Handlungen im Liquidationstermine.
I. Anmeldung der Gläubiger. §. 115.
II. Präclusion der Gläubiger.
A. Umfang der Präclusion.
1. In Rücksicht der Subjecte. §. 116.
2. In Rücksicht des Gegenstandes. §. 117.
B. Act der Präclusion. §. 118.
C. Impugnation der Präclusion. §. 119.
III. Andere Handlungen. §. 120.

3. Tit. Von den Handlungen nach dem Liquidationstermin.

1. Cap. Von den Handlungen in Bezug auf die Masse.
I. Aufforderung zur Einlieferung an die Masse. §. 121.
II. Verfertigung des Inventars. §. 122.
III. Berichtigung der Concursmasse. §. 123.
IV. Verkauf der Güter. §. 124.
V. Sorge für Erhaltung und Vermehrung der Masse. §. 125.
VI. Rechnungsablage. §. 126.

2. Cap. Von den Handlungen in Bezug auf die Ansprüche im Concurse.
I. Von den Vindicanten. §. 127.
II. Von den Massegläubigern. §. 128.

III. Von den Concursgläubigern. §. 129.

A. Rechtsgrundsätze des Liquidations- und Prioritätsverfahrens.

1. Des Liquidationsverfahrens.

a. Im Allgemeinen. §. 130.

b. Rücksichtlich des Beweises.

α. Der Angabe des Cridars. §. 131.

β. Anderer Beweise. §. 132.

2. Des Prioritätsverfahrens. §. 133.

B. Proceßgang im Liquidations- und Prioritätsverfahren.

1. Verhandlungen vor dem Prioritätsurtheile.

a. Im Liquidationsverfahren. §. 134.

b. Im Prioritätsverfahren. §. 135.

2. Prioritätsurtheil.

a. Begriff. §. 136.

b. Einrichtung. §. 137.

3. Verhandlungen nach dem Prioritätsurtheile.

a. In Rücksicht der Liquidität. §. 138.

b. In Rücksicht der Priorität. §. 139.

3. Cap. Von der Distribution der Masse an die Gläubiger.

I. Vorläufige Distribution. §. 140.

II. Vertheilung zum Zweck der Beendigung des Concurses.

A. Bedingungen derselben. §. 141.

B. Verfahren dabei.

1. Distributionsbescheid und Distributionstermin. §. 142.

2. Verfahren gegen ausbleibende Gläubiger. §. 143.

3. Handlungen, welche mit der Distribution verbunden zu werden pflegen. §. 144.

III. Impugnation der Distribution. §. 145.

4. Abth. Von Einrichtung der Concursacten. §. 146.

Achtes Hauptstück.

Von den Separationen im Concurse.

I. Separation an sich.
A. Begriff der Separation. §. 147.
B. Fälle der Separation. §. 148.
C. Rechtliche Natur der Separation. §. 149.

II. Separation mit Rücksicht auf die Concursverhältnisse. §. 150.

Neuntes Hauptstück.

Von den Reconventionen im Concurse. §. 151.

Zehntes Hauptstück.

Von der Verbindung der Concurse über mehre Schuldner. §. 152.

Eilftes Hauptstück.

Von der Entstehung eines zweiten Concurses. §. 153.

Zwölftes Hauptstück.

Von dem Einflusse der Verschiedenheit der Territorien auf den Concurs. §. 154.

Einleitung.

I. Begriff des Concurses.

§. 1.

Der Concurs ist der Rechtszustand, wodurch das Vermögen des insolventen Schuldners in die Hände der Gläubiger gelangt, zum Zweck der Befriedigung ohne Zuthun des Schuldners. Ist nämlich der Schuldner insolvent und es wird dies gewiß, so muß das Vermögen in die Hände der Gläubiger kommen, weil es diesen jetzt in der That gehört (§. 25.). Der Uebergang selbst erfolgt entweder durch richterliche Zuerkennung, oder auch durch eine von Seiten des Schuldners beschaffte Hingabe der Güter (§. 26.), und bewürkt ein Befriedigungsrecht der Gläubiger ohne alles Zuthun des Schuldners. Weil in der Regel mehre Gläubiger sind, so müßen sie mittelst einer richterlichen Privatladung in Folge des eingereichten Verzeichnisses des Schuldners, oder besser durch Edictalien zusammengerufen werden, worauf nach zuvor vertragsmäßig, oder in Ermangelung einer Uebereinkunft, in Gemäßheit eines Prioritätsurtheils festgestellter Liquidität und Priorität ordnungsmäßig vertheilt wird. Eine Mitwürkung des Richters folgt schon aus der Natur vieler einzelnen Handlungen des Verfahrens; allein, auch abgesehen hiervon,

ist das Interesse der Gesammtheit der Gläubiger unter die Obhut des Gerichts gestellt, so daß das Ganze den Character einer gerichtlichen Procedur erhält (§. 11.). Aus diesen Elementen geht dann der Concurs in dem vorangeschickten Sinne hervor. Der Name Concurs in der hier gemeinten Bedeutung, ist nicht Römisch, und nur dem concursus plurium in pignore nachgebildet, auch insofern nicht ganz tadellos, als die Benennung auf die nicht durchaus wesentliche (§. 24. No. 4.) Mehrheit der Gläubiger hinweiset. Zur Bezeichnung des Concursprocesses dienen auch die Ausdrücke: Conturbationsproceß, Prioritätsproceß, processus cridae, von crida, einem lateinischen Worte des Mittelalters, aus kreischen, crier, entstanden, und soviel als proclamatio publica [1]). Eine Deutsche Bezeichnung ist Gantproceß [2]), worunter eigentlich das Verfahren verstanden ist, mittelst dessen der Pfandgläubiger das Grundstück zur Subhastation bringt, und zwar, wenn der Gläubiger mehre sind, alle gemeinschaftlich [3]), obgleich, da im Concursprocesse das Nämliche vorkommt, nur nicht in der bestimmten Beziehung auf Pfandgläubiger und auf Grundstücke, die Benennung auch auf den Concursproceß übertragen wurde. Der Concurs erstreckt sich nach dem Bisherigen nur auf die Güter, ohne es mit der Person des Schuldners (§. 10.) zu thun zu haben. In der Regel ist der Concurs der universelle über das ganze Vermögen des Schuldners (§. 24. No. 3.); doch giebt es auch einen Particularconcurs über einzelne Theile des Vermögens [4]), welcher getrennt von einem

1) Du Fresne in gloss. med. et inf. lat. v. Crida.

2) Wachter in gloss. germ. voc. Gant.

3) Eichhorn's Deutsche Rechtsgesch. III. §. 450. IV. §. 570.

4) Gönner Handbuch des Proc. IV, 82. §. 12.

Universalconcurse und neben demselben vorkommen kann (§. 150.). Der Concurs heißt der Administrationsconcurs, wenn er sich blos auf die Revenüen der Güter erstreckt, welche die Gläubiger durch Administration für eigene Rechnung oder durch Verpachtung an Andere beziehen. Ein solcher Concurs findet sich: 1) bei Gütern von Communen, 2) bei Lehen- und Fideicommißgütern, 3) bei Gütern, woran der Cridar blos den Nießbrauch hat, insofern die Gläubiger nicht lieber den Nießbrauch verkaufen wollen. Noch lassen sich genau unterscheiden das Concursrecht, d. h. die im Concurse eintretenden Rechtsverhältnisse, und der Concursproceß, d. h. das dabei geltende Verfahren.

II. Römischer Concurs [1]).

A. Immission.

§. 2.

Schon die Römer haben ein Concursverfahren, und obgleich dasselbe nicht das in Deutschland geltende ist, wird doch Einiges im Zusammenhange darüber zu bemerken seyn, schon als Schlüssel zu den vielen Materialien, welche auch bei einem ganz anderen Verfahren doch von den Römern entlehnt werden müssen. Nach dem Römischen Rechte nun gab es einen doppelten Weg für die Gläubiger zu dem Vermögen des Schuldners hin zu gelangen, die Immission und die Cession. Die Immission, als ein Mittel in den Händen der Gläubiger, wurde von diesen, allen oder einem Einzelnen [2]), in das gesammte Vermögen gerichtlich gesucht: 1) wenn der Schuldner den Proceß nicht aufnahm, um

1) Meine Rechtsgesch. §. 587 flg.

2) l. 12. pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

Zeit zu gewinnen [1], oder wegen Abwesenheit [2]; 2) wenn er das Urtheil nicht erfüllte [3]; 3) wenn sich kein Erbe zu dem Nachlaß fand [4]. Gewöhnlich ist der Schuldner in allen diesen Fällen zugleich insolvent; allein eine nothwendige Voraussetzung ist dieser Umstand nicht. Als Folge der Immission wurde 1) dem Schuldner alles Gut aus dem Gewahrsam genommen; jedoch mit Fortdauer seines Eigenthums [5], und seines Dispositionsrechtes [6]. 2) Das Vermögen bildete Eine Masse zur Befriedigung der Gläubiger; was indessen unter einem anderen Gerichte belegen war, erforderte einen eigenen Concurs an Ort und Stelle [7]. 3) Von den Gläubigern schieden die hypothecarischen mit ihren Hypotheken ganz aus. In Rücksicht der übrigen galt par conditio; zwar blieb jedem Gläubiger sein gesetzliches Vorzugsrecht, allein a) kam die Immission zu Gunsten des einen Gläubigers auch den übrigen zu Gute [8], wenn sich Gläubiger derselben Provinz in 2, andere in 4 Jahren meldeten [9]; b) war eine abgesonderte Befriedigung eines Einzelnen nach der Immission ohne Folgen, sie mochte vom Schuldner herrühren [10], oder der Gläubiger sich selbst bezahlt machen [11]. 4) Das Recht der Gläubiger an den Gütern bestand in der custodia der Masse [12]; auch in dem Befriedigungsrechte durch Verkauf an Andere; nur bei schuldloser Abwesenheit des Schuldners wurde dessen Rück-

1) l. 2. pr. l. 7. §. 1. D. ex quib. causis in poss. (42. 4.)

2) l. 6. §. 1. 2. D. eod.

3) Gajus III, 78.

4) l. 8. D. ex quib. caus. in poss.

5) l. 12. D. eod.

6) l. 9. l. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

7) l. 12. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. l. 2. pr. D. de curat. bon. dando. (42. 7.)

8) l. 12. pr. D. de reb. auct. jud. poss.

9) l. 10. pr. C. eod. (7. 72.)

10) l. 6. §. 7. D. quae in fraud. credit.

11) l. 10. §. 16. D. eod.

12) l. 12. D. ex quib. caus. in poss. eat.

kehr abgewartet [1]). a) Nach dem älteren Rechte erfolgte der Verkauf im Ganzen, mittelst proscriptio, magister bonorum vendendorum und addictio an denjenigen, welcher den Gläubigern die mehrsten Procente von dem Belauf der Forderung bot [2]). Der Schuldner wurde als capite deminutus behandelt, erlitt die Infamie [3]), und verlor sein Gut und seine actiones ex ante gesto [4]); wurde aber auch frei von dem, was die Gläubiger nicht erlangten [5]). Der Käufer machte eine adquisitio per universitatem und klagte alle ausstehenden Schulden ein. Die Gläubiger hielten sich blos an den Käufer wegen der versprochenen Procente, und zwar jeder für sich. b) Im neuesten Rechte hörte mit dem alten Processe auch der Verkauf im Ganzen wieder auf [6]). Der Schuldner wurde nicht mehr infam; blieb aber den Gläubigern wegen des Restes verhaftet. Die Kaufgelder wurden Namens der Gesammtheit beigetrieben und dann vertheilt. Der Streit über die Richtigkeit und den Vorzug der Forderung wurde nun unter den Gläubigern selbst geführt. 5) Unwiderruflich war die Immission nicht, sobald nur der Schuldner zahlen, oder sich gegen die Ansprüche unter Cautionsbestellung weiter vertheidigen wollte [7]). — So alt, wie die Immission, war auch wohl der curator bonorum, indem der magister blos den Verkauf der Güter im Ganzen besorgte. Seit der Vereinzelung der Güter mußte der curator auch das Kaufgeld beitreiben und dann vertheilen. — Hatte

1) l. 6. §. 1. 2. D. eod.

2) pr. J. de succ. subl. (3. 13.)

3) Gajus II, 154. §. 1. J. quib. manum. n. lic. (1. 6.)

4) l. 4. D. de curat. bon. dando. (42., 8.) l. 40. D. de operis libert. (38. 1.)

5) l. 25. §. 7. D. quae in fraud. cred.

6) pr. J. de succ. subl.

7) l. 33. §. 1. D. de reb. aut. jud. poss.

der Schuldner die Gläubiger durch Veräußerungen verkürzt, nach oder vor der Immission, so galt die Paulianische Klage; sie war aber erst zeitig nach der Immission [1]), und nach dem hinzugekommenen Güterverkaufe [2]). Auch der Schuldner selbst wurde damit auf Ersatz des Veräußerten aus dem neuen Erwerb belangt [3]), selbst wenn er wegen des im Ganzen erfolgten Verkaufs der Güter ex ante gesto keiner Klage mehr unterworfen war [4]).

B. Cession.

§. 3.

Ein zweiter Weg zum Concurse, blos in den Händen des Schuldners, war die cessio bonorum, welche einer voraufgegangenen Immission immer noch nachfolgen konnte, während eine Immission nach voraufgegangener Cession undenkbar war. Die Cession war ein Weg der Gläubiger zu den Gütern zu kommen, und zwar mit besserem Rechte, als die Immission dasselbe gab, zugleich aber auch eine würksame Wohlthat des Schuldners zur Erlangung einiger, bei der Immission nicht vorkommenden, Vortheile (§. 28.). Der Gläubiger brauchte sich nicht eher darauf einzulassen, als bis die Schuld feststand [5]); alsdann aber erfolgte sie durch eine einfache, außergerichtliche, Erklärung des Schuldners [6]); eine Bewilligung an den Schuldner durch die Gläubiger oder durch die Obrigkeit ist nicht erforderlich. Die Cession war, wie die cessio actionum, eine Anweisung der Gläubiger auf die Güter, es

1) §. 6. J. de action. (4. 6.)
2) l. 6. §. 14. D. quae in fraud. cred. (42. 7.)
3) l. 1. pr. D. eod.
4) l. 25. §. 7. D. eod.
5) l. 8. D. de cess. bon. (42. 3.)
6) l. 9. D. eod. l. 6. C. eod. (7. 71.)

verlor also der Cedent zwar nicht das Eigenthum [1], aber die Gläubiger wurden als Mandatare, und zwar als Mandatare mehr zu ihrem, als zu des Schuldners Besten, nicht blos zur Verwaltung der Masse, sondern auch zur Befriedigung durch Verkauf berechtigt, ohne jedoch willkührlich disponiren zu dürfen. Auch in Cessionsfällen konnte ehemals Verkauf der Güter im Ganzen erfolgen [2]; er machte aber den Schuldner so wenig infam [3], als frei von der Nachzahlung [4]. Ein curator bonorum kam auch bei der cessio vor [5]. Widerrufen konnte der Schuldner die cessio, als ein Mandat zum Vortheil der Gläubiger, nicht willkührlich [6]; aber wohl wenn er zahlen, oder sich gegen die Ansprüche unter Cautionsbestellung weiter vertheidigen wollte [7].

C. Critik des Römischen Concurses.

§. 3. a.

Das Römische Concursverfahren zeigt schon auf den ersten Blick sehr wesentliche Mängel [8]: 1) wird nicht genug auf Insolvenz gesehen, und der Concurs kann ohne Noth eröffnet werden. 2) Fehlt die fortgesetzte gerichtliche Leitung, wodurch alle Einheit und Planmäßigkeit des Verfahrens verloren geht. 3) Verursachen die mehren Concurse über die unter verschiedenen Gerichten zerstreueten Güter doppelte Kosten. 4) Ist die Ausscheidung der Hypotheken aus dem Concurse sehr zum Nachtheil anderer Gläubiger, wenn der Werth der Hypothek die Forderung übersteigt.

1) l. 3. D. eod. l. 4. C. eod.

2) Gajus III, 78.

3) l. 11. C. ex quib. caus. inf. irr. (2. 12)

4) l. 6. 7. D. de cess. bon.

5) l. 5. D. de curat. bon. dando. (42. 7)

6) arg. l. 25. l. 55. D. de proc. (3. 3.)

7) l. 5. D. de cess. bon.

8) Gönner's Handbuch des Proc. IV, 82. §. 3—5.

5) Kann der Mangel einer Edictalladung die mit dem Concurse unbekannt bleibenden Gläubiger leicht um ihr Recht bringen. 6) Schützt keine zeitige Präclusion gegen störende Dazwischenkunft neuer Gläubiger. 7) Wird kein allgemeines Prioritätsurtheil abgegeben und das Vertheilte dadurch oft Gegenstand neuer Processe. Das Römische Schuldverfahren genügt in der That nur sehr einfachen Schuldverhältnissen, wenn der Schuldner seine Güter ziemlich an dem nämlichen Orte bei einander hat, und der Gläubiger nur wenige sind, und sämmtlich in der Nähe des Schuldners; ein Fall, welcher bei den Römern freilich der gewöhnliche war.

III. Germanischer Concurs [1]).

§. 4.

Ein Verfahren, was dem heutigen Concurse ähnlich wäre, sucht man in den Deutschen Rechtsbüchern und Statuten vor der Mitte des 16ten Jahrh. [2]) vergebens, höchstens finden sich Bestimmungen über das gleiche oder vorzügliche Befriedigungsrecht. Nach Germanischem Rechte ging nämlich der Anspruch des Gläubigers mehr auf die Person, als auf die Güter (§. 10.); jedoch gab es auch ein Verfahren gegen diese im Falle des vom Schuldner gegebenen Pfandes, oder der vom Gläubiger ausgewürkten Besate, d. h. der Arrestanlegung, wozu es kommen konnte, wenn der Schuldner verurtheilt, oder verstorben, oder auch davon gegangen war. Gab es hier nun der Gläubiger

1) Eichhorn's Deutsche Rechtsgesch. III. §. 450. besonders Note c.

2) Codex des Lübsch. Rechts v. 1240. Art. 98. 150. Nürnberger Reform. von 1484. XI. 1—12. Wormser Reform. v. 1498. V, 3, 13. Freiburger Stat. v. 1520. Fol. XXXI. b.

mehre, so machte sich der Faustpfandgläubiger, denn Hypotheken waren etwas höchst Seltenes, aus seinem handhabenden Pfande bezahlt. Von den übrigen Gläubigern wurde derjenige sofort befriedigt, welcher sein Recht bereits verfolgt und bewiesen hatte, weil ein solcher durchaus keinen Aufschub zu gestatten brauchte. Davon abgesehen concurrirten die Gläubiger in dem Befriedigungsrechte, und es konnten sich dem, von dem einen eingeleiteten Verfahren die übrigen hinterdrein anschließen. Die Theilung erfolgte nach Markzahl, d. h. nach der Größe der Forderung, nicht nach Personenzahl. Es kamen aber schon hier und dort Vorzugsrechte der einen Forderung vor der anderen zum Vorschein. Ein gerichtliches Verfahren, was darauf berechnet war, sämmtliche Güter zusammen zu bringen und sämmtliche Gläubiger zur Wahrnehmung ihrer Rechte zusammen zu rufen, gab es nicht, fast noch weniger, als bei den Römern.

IV. Heutiger Concurs.

A. Ursprung.

§. 5.

Der heutige Concurs ist aus Römischen Materialien zusammengesetzt, die Form aber ist neueren Ursprungs und gehört dem Zeitalter an, in welchem sich die heutige Anwendung des Römischen Rechts ausbildete. In der Glosse findet sich keine Spur des heutigen Concurses, namentlich nicht von der gerichtlichen Zusammenberufung der Gläubiger, so leicht sich auf diese durch Verbindung der doppelten Vorschrift über das Recht anderer Gläubiger, an der Immission Theil zu nehmen [1]), und über die in einem

1) l. 10. pr. C. de reb. auct. jud. poss. (7. 72.)

speciellen Falle gestattete Zusammenberufung der Pfandgläubiger [1]), hätte kommen lassen. Auch die höheren geistlichen Gerichte Italiens, welche so oft Muster und Vorbild für die übrigen Gerichte waren, hatten ihrem Standpunkt nach mit Concurssachen wenig zu thun. Die Ausbildung fällt aber doch in das 13te bis 15te Jahrhundert, in welcher Zeit sie in Italien, und nach demjenigen, was hier geschah, in Spanien und Frankreich, gleichzeitig erfolgt seyn muß, denn schon in der ersten Hälfte des 18ten Jahrhunderts erscheint bei Salgado de Somoza (§. 8.), welcher sich fast bei allen Sätzen auf noch ältere Schriftsteller bezieht, der Concurs vollkommen ausgebildet, da bei ihm alles Verfahren auf gerichtlicher Behandlung des Concurses beruht [2]), und die Zusammenberufung aller Gläubiger durch eine Edictalladung als etwas Nothwendiges behandelt wird [3]). Später als in anderen Ländern des Römischen Rechts kam der heutige Concurs in Deutschland auf, weil das alte strenge Schuldrecht gegen die Person viel länger fortbestand. Seitdem indessen die Befriedigung aus den Gütern immer mehr die Hauptsache wurde, besonders durch die dem Schuldner gestattete cessio bonorum (§. 10.), welche ihm zugleich das Recht gab, auf die Zusammenberufung sämmtlicher Gläubiger zu bestehen, um sich von allen zu lösen, auch der Gebrauch des Römischen Rechts mit den durch die Juristen hinzugekommenen Modificationen immer mehr zunahm, so mußte das unvollkommene Germanische Schuldverfahren weichen, und es faßte der auswärts gebildete Concurs seit der Mitte des 16ten Jahrhunderts auch bei uns festen

1) l. 6. C. de remiss. pign. (§. 26.)

2) Labyr. cred. concurrent. I, 1. no. 12.

3) Labyr. cred. concurr. I, 1. no. 27.

Fuß [1]); aber merklich früher im südlichen Deutschland, welches schon seiner örtlichen Lage nach dem Eingange des fremden Rechts offener war. Um zu bestimmen, wann in einem Deutschen Lande der Concurs aufgekommen sey, ist vorzugsweise auf die Einführung der gerichtlichen Behandlung und der Edictalladung zu achten. Die Nürnberger Reformation von 1564, Th. 1. Tit. 12. Ges. 8. hat bereits eine Edictalladung; eben so die Frankfurter Reformation von 1578, Th. 1. Tit. 48. §. 3.; und das Hamburgische Stadtrecht von 1603, Th. 1. Tit. 43. Art. 11. Ein ziemlich ausgebildetes Concursverfahren findet sich in dem Würtembergschen Landrecht v. 1610, Th. 1. Tit. 76. und in dem Baierschen Landrecht von 1616, Tit. 13. Die in der Zeit des 30jährigen Krieges eingetretene Vermögenszerrüttung, so wie die durch den J. R. A. von 1654 für den Proceß überhaupt gegebene Anregung, bewürkten sichtlich eine größere Thätigkeit der Gesetzgebung im Fache des Concurses. Einzelnes gestaltete sich aber später noch immer neu, selbst noch vorzugsweise durch die Doctrin, wie z. B. die Erfindung des materiellen und imminenten Concurses (§. 23.), Trennung des Amts des Güterpflegers und curator litis (§. 97.), Einführung eines eigenen decretum de aperiundo concursu (§. 110.). — Noch giebt es in Deutschland außer dem gemeinen Concurse manche particulairrechtliche für einzelne Länder und Gerichte. Besondere Aufmerksamkeit verdient der Sächsische Concursproceß, wegen des großen Ansehens der Sächsischen Processualisten, und der Sächsischen Proceßgesetzgebung bis gegen die Mitte des 18ten

1) Abweichend ist Eichhorn Rechtsgesch. IV. §. 576., welcher den Concurs mehr aus Deutschen Instituten, als aus der Reception dessen, was anderswo galt, erklärt.

Jahrhunderts, welches Ansehen auch auf den gemeinen Concurs nicht ohne Einfluß blieb (§. 67. 80. 91.); sonst ist es merkwürdig, daß die Sächsische Proceßordnung von 1622, Tit. 41. noch kein eigentliches Concursverfahren hat, und daß dieses erst auf späteren Gesetzen und auf der Erläuterten Proceßordnung von 1724, Tit. 41. beruht. Dagegen hat der Preußische Concursproceß wegen seiner Neuheit und wegen der isolirten Stellung der Preußischen Juristen, auf die Ausbildung des geltenden gemeinen Concursprocesses keinen Einfluß gewinnen können; und derselbe ist nur von der legislatorischen Seite und wegen des Einflusses auf einige neuere Proceßgesetzgebungen beachtungswerth.

B. Critik.

§. 6.

Im Verhältniß zu dem Römischen und Germanischen Concurse zeichnet sich der heutige sehr zu seinem Vortheile aus: 1) durch die gerichtliche Behandlung des ganzen Concurses, indem das Gericht den Concurs nicht nur eröffnet, sondern auch fortwährend leitet; 2) durch Einheit, so daß nicht zwei Concurse statt Eines eröffnet werden; 3) durch Allgemeinheit, indem alle Arten von Gütern zu dem Concurse gezogen werden, und alle Arten von Berechtigten, namentlich Vindicanten, Pfandgläubiger, chirographarische Gläubiger mit ihren Ansprüchen und Processen an den Concurs gewiesen sind; 4) durch Sicherstellung der Rechte aller Interessenten, wofür durch Edictalladung, Präclusion, Prioritätsurtheil u. s. w. gesorgt ist. Auf der anderen Seite giebt aber auch der langsame und bedächtliche Gang des heutigen Concurses Anlaß zu gerechten Klagen über die lange Dauer; und der Kosten sind oft so viele, daß ein Ununterrichteter glauben

muß, Richter und Advocaten machten das Recht auf herrenlose Güter geltend [1]). Die Abhülfe dieser Mängel ist eine dringende Aufgabe für die Gesetzgebung.

C. Quellen.

§. 7.

Insofern A) die materielle Seite des Concurses in Frage steht, gilt das Römische Recht, also bei allen Gegenständen, welche die Form nicht berühren; namentlich bestimmt das Römische Recht: 1) die Mittel, den Concurs aufzuschieben, oder abzuwenden; 2) die persönliche Behandlung des Cridars; 3) die vom Schuldner vor Ausbruch des Concurses unternommenen Dispositionen; 4) den Umfang der den Ansprüchen der Gläubiger unterworfenen Güter; 5) die Prioritätsrechte der Gläubiger. Kommt es B) auf die formelle Seite an, so ist das Römische Recht nur mit großer Vorsicht zu benutzen, da der Römische und heutige Concurs in mancher Hinsicht wahre Gegensätze bilden [2]). Auch läßt sich der Concurs von dieser Seite nicht mit Hülfe der Gesetzgebung und deren Auslegung aufbauen, denn abgesehen von dem, was erst in neueren Zeiten für einzelne Länder geschehen ist, fehlt es an aller Gesetzgebung, daher auch keine Verwerfung eines Satzes gilt, blos darum, weil kein Gesetz dafür vorhanden sey, ein Argument, was den ganzen Concurs aufheben würde. Quellen sind hier vielmehr blos: 1) Begriff und Grund des Concurses, sowohl des ganzen Concurses, als seiner einzelnen Einrichtungen; eine im Detail sehr ergiebige Quelle; 2) der Gerichtsgebrauch, welcher hier um so

1) Schwere Klagen führen Mevius levam. debit. c. 1. no. 169 seqq. Leyser Sp. 480.

2) Gönner's Handbuch des Proc. IV, 82. §. 5.

wichtiger ist, als es an aller Gesetzgebung fehlt. Das Römische Recht kann dagegen nur benutzt werden: 1) wenn es Bestimmungen enthält, welche auch schon in der Natur des Concurses liegen, z. B. daß sämmtliche Gläubiger zu dem Concurse zugelassen werden; 2) wenn das Detail des Concurses auf Institute führt, welche zu einer im Römischen Rechte aufgestellten Gattung gehören, z. B. das Prioritätsurtheil zu dem Urtheile überhaupt; oder doch deren Analogie unterworfen sind, z. B. Einklagung dessen, was der Schuldner ausstehen hat, durch die Gläubiger, der Analogie der Einklagung cedirter Forderungen durch den Cessionar. C) Für das Concursrecht ist das Römische Recht häufig anwendbar, weniger für den Concursproceß. — Aus dem Voranstehenden geht schon hervor, daß die Lehre vom Concurse auf ähnliche Weise entwickelt werden muß, wie das ganze Deutsche Privatrecht [1]).

D. Litteratur.

§. 8.

Die Litteratur des Concurses hat wenig Vorzügliches aufzuweisen, daher auch in diesem Buche hin und wieder Schriftsteller angeführt werden mußten, welche man in andern Rechtstheilen gar nicht nennen würde. Die älteren Schriften faßten alles blos nach der äußeren Erscheinung auf, ohne der Wurzel nachzuforschen. In neueren Zeiten fing man an, sich in ziemlich willkührlich erfundenen Gemeinplätzen zu gefallen, wie z. B. in dem der Universalität des Concurses, und solchen Gemeinplätzen und der Bequemlichkeit und Gemächlichkeit der Concursleitung zu Liebe die wohlbegründetsten Rechte, z. B. Retentionsrecht,

1) Martin's Lehrb. d. Proc. §. 321. Not. a.

aufzuopfern, so daß es besondere Pflicht ist, dieser, aller wahren Gerechtigkeit widersprechenden, Richtung, welche zum Glück noch nicht in das practische Leben übergegangen ist, entgegen zu würken. Am mehrsten vernachlässigt ist noch der heutige Concurs von Seiten seiner historischen Ausbildung. — Einige der bekanntesten, oder wenigstens neuesten, Schriften sind: 1) Salgado de Somoza labyrinthus creditorum concurrentium. Frcf. ad Moen. 1653. Das Werk ist von einem Spanischen Senator in der königlichen Canzlei zu Valladolid aus der ersten Hälfte des 16ten Jahrhunderts, also aus der Zeit der auffallenden Büchertitel. Es ist für die Geschichte der Ausbildung des Concurses, für die Uebersicht der älteren Meinungen und als erste vollständige Bearbeitung des Concurses merkwürdig, sonst bezieht sich Vieles auf Spanische Einrichtungen, und das Ganze ist durch die widrige Manier des Vortrags mittelst Zweifels- und Entscheidungsgründe und durch die allzuhäufige Erinnerung an Mangel und Unreife des Urtheils des Verfassers unleidlich. 2) Brunnemann de processu concursus creditorum praelectiones, cum notis Strykii. Frcf. ad Viadr. 1742. 3) Ludovici's Einleitung in den Concursproceß, mit Anmerkungen von Schlitte. Halle 1740. 4) Claproth's Einl. in sämmtl. summ. Proc. Gött. 1808. Absch. 4. Die drei voranstehenden Schriften sind gewöhnliche Proceßbücher, ohne tief in die Lehre einzugehen und ohne wissenschaftliche Begründung; aber ganz brauchbar für den Praktiker, besonders Claproth, welcher eine gute Uebersicht des Concursprocesses gewährt. 5) Krafft's Pract. Anmerk. üb. den Concursproc. Erlangen 1786. Die Schrift bezieht sich auf die Fürstenthümer Anspach und Baireuth, und ist für das gemeine Recht höchst unbedeutend. 6) Dabelow's ausführ-

liche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. 1te Aufl. 1792. 2te Aufl. 1804. Die erste Ausgabe des Buchs zeigt practischen Sinn, enthält brauchbare Materialien und befolgt eine erträgliche Anordnung, obgleich Mangel an Kenntniß und an Urtheil häufig genug sichtbar werden; die zweite, welche die Materie gelehrt und geschichtlich behandeln sollte, und darum selbst den Concurs der Aegyptier, Hebräer und Griechen hineinzieht, ist mit recht schülerhaften historischen Hypothesen vermehrt und in eine ganz planlose Ordnung gebracht, so daß das Buch an Material nichts gewonnen und an der Form verloren hat. 7) Gönner's Handb. d. Proc. Landsh. 1804. B. 4. No. 82. Eine verdienstliche Abhandlung, welche zuerst einen heutigen Concurs im Gegensatz des Römischen zu begründen und in seinen Grundzügen recht scharf darzustellen suchte. Daß sich wenig gelehrte und historische, und fast nur philosophische Elemente finden, ist bei diesem Verfasser nach seiner ganzen Art schon zum voraus zu erwarten; ferner treiben die ziemlich willkührlich erfundenen Grundprincipe des Concurses in dieser Abhandlung mehr, als anderswo, ihr Wesen; auch trifft man wohl statt gründlicher Beweisführung auf die etwas leere Berufung auf den Geist des heutigen Concurses. 8) Kori's System des Concursprocesses, nach gemeinen u. Sächsischen Rechten. 1te Ausg. 1807. 2te Ausg. 1828. Was das Buch für Sachsen leistet, wage ich nicht zu entscheiden. Was aber den gemeinen Concurs betrifft, so mag hier statt alles Urtheils Einiges als Probe stehen. In der Vorrede rühmt der Verfasser an Dabelow's Schrift die gründlichste Gelehrsamkeit und lobenswürdigste Vollständigkeit, und nennt das Buch sehr schätzbar. Im §. 43. schließt er alle bedingten Gläubiger vom Concurse aus. Im §. 49 wird den Gläubigern ein Eigenthum an der Concurs-

masse beigelegt und aus dieser Aussicht in dem ganzen Werke argumentirt. Im §. 54. heißt es, der curator bonorum könne, wie der curator minoris, Erbschaften für den Cridar annehmen. 9) Mein System des Concurses. 1te Ausg. Kiel 1812. 10) Reinhardt die Lehre vom Gant, nach gemeinem u. Würtemb. Rechte. Stuttg. 1819. 11) Mittermaier der gemeine Proceß in Vergleichung mit dem Preuß. u. Französ. 3ter Beitr. Bonn 1823. No. 7. Die Abhandlung ist nicht bestimmt, den geltenden Concurs von seiner positiven Seite weiter zu bringen, und gehört daher nicht eigentlich hierher. In legislatorischer Hinsicht enthält sie kurze, aber interessante, Zusammenstellungen der verschiedenen Verfahrungsarten in den verschiedenen Ländern. 12) Mein System des Conc. 2te Ausg. 1824. 13) Puchta über den Concursproceß. Erl. 1827. Das Buch beschäftigt sich vorzugsweise mit der legislatorischen Seite des Concurses, besonders mit Rücksicht auf die Abwendung und Abkürzung der Concurse. Der Gegenstand ist von Wichtigkeit, auch mag die Schrift einige gute, aus dem practischen Leben geschöpfte, Bemerkungen enthalten, sie sind aber aus der breiten, weitschweifigen, Darstellung des Verfassers wohl nicht so leicht herauszufinden; auch entbehrt die Schrift zu sehr der wissenschaftlichen Haltung. 14) Mein System des Conc. 3te Ausg. 1829. Bei den nachfolgenden Citaten der vorstehenden Schriftsteller sind, wenn es an einer näheren Angabe fehlt, die hier angeführten Schriften gemeint. — Schriften über einzelne Materien des Concurses haben besonders Gmelin und Happel geliefert; indessen erreicht kaum Eine derselben die Stufe der Mittelmäßigkeit. Die nähere Angabe derselben gehört übrigens zu den einzelnen Lehren. — Was die mancherlei Lehrbücher über den Civilproceß

für die Concurstheorie liefern, kann schon nach der nothwendigen Beschränkung solcher Schriften nicht erheblich seyn; nur das Lehrbuch von Martin zeichnet sich auch im Concursprocesse durch manche bis dahin neue treffende Bemerkungen aus.

E. Einreihung und Anordnung des Concurses.

§. 9.

Die Proceßgesetze pflegen den Concurs sehr zweckmäßig bei Gelegenheit der Executionsinstanz abzuhandeln, da derselbe häufig durch den Versuch der Execution herbeigeführt wird, und eine Execution in eigenthümlicher Gestalt ist. In der Doctrin lehrte man dagegen den Concurs anfangs zu den Pandectentiteln im 42sten Buche, was aber die nachtheilige Folge hatte, daß das Römische Verfahren in Schuldsachen die Grundlage abgab, und der heutige Concurs nur als eine Modification des Römischen behandelt wurde. Als aber die Vorlesungen über den Civilproceß aufkamen, erhielt der Concurs seine Stelle in diesen, und gestaltete sich immer mehr aus sich selbst und seinem eigenthümlichen Wesen, losgetrennt von den Römischen Formen. Bisher pflegte man den Concurs unter der Rubrik der summarischen Processe aufzuführen, weil er weit mehr von diesem, als von dem ordentlichen Processe an sich trägt. Es hat aber auch viel für sich, denselben mit Martin [1]) von den übrigen Arten des Processes ganz zu sondern und als demselben coordinirt zur Seite zu stellen, weil er nicht, wie andere Processe, blos Rechtsstreitigkeiten, sondern zugleich auch Administrations- und Rechnungssachen zum Gegenstande hat. Bei der Darstellung des Details

1) Lehrb. des Civilproc. §. 141.

des Concursprocesses beobachtete man fast immer die richtige Anordnung, dem Gange des würklichen Processes zu folgen; man erlangt dadurch ein klares Bild des Concursprocesses und kann mit dem Buche in der Hand den Concurs von Anfang bis zu Ende durchführen. Uebrigens hatte die Verbindung des Concurses mit der Proceßtheorie die Folge, daß der Concursproceß immer mehr die Hauptsache wurde und das Concursrecht nur auf Veranlassung des Processualischen gelegentlich vorkam. Gleichwohl verdienen die Rechtsverhältnisse im Concurse bei ihrer Wichtigkeit einen eben so selbstständigen Platz, als der Concursproceß, und darum ist hier der Versuch gemacht, Concursrecht und Concursproceß, als zwei Haupttheile, neben einander hinzustellen; wodurch zugleich der Vortheil entsteht, daß die Rechtsverhältnisse im Concurse nicht durch das Processualische und dieses nicht durch jene gestört und unterbrochen werden, und bei einer beabsichtigten Verbindung des Concurses theils mit dem Civilrecht und theils mit der Proceßtheorie, was jedem dieser Rechttheile angehört, leicht übersehen werden kann.

Erstes Hauptstück.

Von dem Rechte gegen die Person des Schuldners.

§. 10.

Mit dem Rechte der Gläubiger gegen die Person des Schuldners hat es der Concurs, als ein Vermögensverhältniß, nicht zu thun; obgleich sich sonst in Rücksicht der Person des Schuldners ein ähnliches, zum Theil nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilendes, Zusammentreffen mehrer Gläubiger denken läßt, als in Rücksicht der Güter. Indessen ist wegen des Zusammenhanges und weil das Recht gegen die Person des Schuldners auch im Concurse gelegentlich zur Sprache kommt, Einiges darüber der Erläuterung wegen kurz vorauszuschicken. 1) Im Römischen Recht ist das alte Schuldrecht gegen die Person später weggefallen [1]); indessen ist noch in einem Rescripte von Alexander Sever von einem Schuldgefängniß die Rede, und dies Rescript ist in den Justinianeischen Coder aufgenommen [2]), und wenn gleich der carcer privatus ausgeschlossen ist [3]), so gab es doch in dem publicus für den

1) Meine Rechtsgesch. §. poss. (7. 71.) 582.

2) l. 1. C. qui bonis ced. (7. 71.)

3) l. un. C. de priv. carc. inhib. (9. 5.)

Gläubiger noch ein indirectes Mittel, den Schuldner und dessen Verwandte zur äußersten Anstrengung zu vermögen; wobei aber die Last der Unterhaltung natürlich den Gläubiger treffen mußte, da blos zu dessen Vortheil der Schuldner verhaftet wurde. Eine Befreiung von der Haft gewährte jedenfalls das benef. cessionis bonorum, insofern der Schuldner dasselbe nicht verwürkt hatte [1]). Die Uebergabe des Schuldners an den Gläubiger selbst ist bestimmt abgeschafft [2]); auch die Leiche soll nicht wegen Forderungen gegen den Verstorbenen mit Beschlag belegt werden [3]). 2) Das Deutsche Recht hatte in alter Zeit ganz allgemein ein Hingeben des Schuldners zu Hand und Halfter und die damit verbundene Anhaltung zur Arbeit [4]). Dabei kam auch von Zeit zu Zeit eine Ausstellung des Schuldners an Markttagen in kläglicher Gestalt, z. B. auf dem Lastersteine, mit einem gelben Hute u. s. w. vor, um zu sehen, ob sich nicht ein Anderer zur Lösung oder Verbürgung des Schuldners entschließen wolle. Unter mehren Gläubigern hatte den Vorzug, wer sein Recht zuerst zur Execution brachte. Erst der späteren Zeit angehörig [5]) sind die Milderungen durch Einsperrung in den Schuldthurm, durch Absitzen der Schuld, durch bloße Entfernung des Schuldners aus der Stadt unter Ableistung des Eides, bei verbesserten Vermögensumständen nachzahlen zu wollen. Ein beneficium cessionis bonorum paßte gar nicht in die Germanischen Ansichten, so wenig, daß man die Unzulässigkeit

1) l. 1. C. qui bonis ced. poss.

2) l. 12. C. de Oblig. (4. 10.)

3) l. 6. C. de sep. viol. (9. 19.) Nov. 60. c. 1. §. 1.

4) Sachsensp. III, 39. Schwabensp. I, 131. Lübsch. Stat. I, 3, 1.

5) Wiener Stat. v. 1340. Nürnb. Reform. v. 1484. XI, 8. u. v. 1564. I, 12, 6. Hamb. Stat. I, 41, 11—13. Const. Saxon. II, 22.

nicht einmal auszusprechen für nöthig hielt. Ein gewöhnliches Mittel, sich der Strenge des Schuldrechts zu entziehen, was selbst die Gesetze als den regelmäßigen Fall berücksichtigten, war indessen die Flucht des Schuldners [1]), welche dann zu vortheilhaften Accorden, und namentlich zu vertragsmäßiger Annahme der angebotenen cessio bonorum, führen konnte. 3) Für das heutige Recht wiederholte das Canonische den Grundsatz des Römischen, daß Niemand die Insolvenz der Güter mit seinem Leibe und durch Strafen zu decken brauche [2]); und es trat nun seit der Mitte des 16ten Jahrhunderts sichtbar eine mildere Behandlung der Schuldner ein, und zwar nach folgenden Abstufungen. a) Einige Particularrechte [3]) behielten das Recht der Verhaftung des Schuldners bei, und zwar mit Verwerfung des beneficium cessionis bonorum, aber doch mit den schon vorhin bemerkten Milderungen des späteren Germanischen Rechts; zu welchen zuweilen durch den Gerichtsgebrauch noch die neue kam, daß sich der Gläubiger aller Ansprüche gegen die Güter des Schuldners während der Gefangenschaft und auch wohl für immer begeben mußte, um den Gläubiger von der Verfolgung des harten Schuldrechts noch mehr abzuhalten, und um dem Schuldner desto freiere Disposition über seine Güter zum Zweck der Lösung zu verschaffen. Auch wurde der Unterhalt des Schuldners während der Haft fast allenthalben höher bestimmt, so daß nun der Gläubiger zur Ersparung neuer Unkosten von dem Rechte gegen die Person ebenfalls oft abstand. b) Andere

1) Mevius ad Jus Lubec. III, 1, 13. no. 1. Eichhorn's Deutsche Rechtsgesch. IV. §. 576.

2) c. 2. X. de pign. (3. 21.) c. 3. X. de solut. (3. 23.) c. 5. X. de usur. (5. 19.)

3) Nürnb. Reform. v. 1564. I, XI, 6. Lübsch. Stat. I, 3, 1. Hamb. Stat. I, 41. 11 — 13. Const. Saxon. II, 22.

Particularrechte behielten zwar das Recht gegen die Person bei [1]), ließen aber die cessio bonorum dagegen gelten [2]), so daß nur, wer dieser unwürdig befunden wurde, oder sich auch zu den zuweilen dabei eingeführten beschimpfenden Gebräuchen nicht verstehen wollte, der Rechtsverfolgung gegen die Person unterworfen blieb. c) In den mehrsten Ländern — und dies ist jetzt als das gemeine Recht anzusehen — hob man die Verfolgung gegen die Person des Schuldners ganz auf, selbst wenn sich dieser des beneficium cessionis bonorum unwürdig gemacht hatte, und stellte dem noch im Justinianeischen Rechte geltenden Rechte auf Schuldgefängniß eine öffentliche Strafe unter [3]); welche in dieser Gestalt auch wohl in Verurtheilung zur Abarbeitung bei dem Gläubiger bestehen kann, besonders im Falle einer Delictsschuld [4]). 4) Ist das Schuldgefängniß gesetzlich nicht begründet, so giebt es auch keine vertragsmäßige Unterwerfung, denn es gilt keine nachtheilige Disposition unmittelbar über die Person [5]). Dagegen kann der Stand des Schuldners gegen die einmal begründete Rechtsverfolgung gegen die Person nicht schützen [6]). 5) Von eigenthümlicher Art ist die Wechsel- und Einlagerverbindlichkeit, welche auch an Orten statt findet, in welchen man außerdem keine Verfolgung gegen die Person gestattet. Diese Verbindlichkeit sollte nach der ganzen Entstehung des Instituts und zum Besten der Erhaltung des Credits durch

1) Frankf. Reform. I, 45, 15.

2) Frankf. Ref. I, 50, 1.

3) R. P. O. v. 1577. Tit. 23. §. 2. Würtemb. Landr. I, 76 a. E. Baier. Landr. v. 1616. Tit. 13. Art. 4. 8. Eichhorn's Deutsche Rechtsgesch. IV. §. 576.

4) A. M. ist Dabelow. S. 500 fl.

5) Mein Röm. Privatr. I. §. 58.

6) Mevii Dec. VIII, 222. Leyser Sp. 474. med. 10.

keine Insolvenzerklärung, selbst nicht durch das beneficium cessionis bonorum aufgehoben werden [1]; obgleich manche [2]), weil sie die mit dem Concurse eintretende par creditorum conditio und die darauf beruhende Sistirung der Execution unrichtig auf die Verfolgung gegen die Person ausdehnen, oder auch weil sie die Einschlagung zweier gleichzeitigen Befriedigungswege ganz mit Unrecht als unzulässig betrachten, schon in der Theorie weniger streng denken; und die Particularrechte sehr oft die Wechsel- und Einlagerverbindlichkeit mit der Insolvenzerklärung als aufgehoben ansehen, wenigstens für die Dauer des Concurses, und für Gläubiger, welche sich in den Concurs einlassen.

1) Leyser Sp. 490. m. 5. (v. Trützschler) v. d. Präcl. d. Gläub. II, 2. §. 43. Püttmann Grundß. des Wechselr. §. 192. Mittermaier Deutsch. Privatr. §. 253.

2) Dabelow. S. 529. Not. v. Eichhorn Deutsch. Privatr. §. 148.

Zweites Hauptstück.

Von einigen Fundamentalprincipen des Concurses.

§. 11.

Um wieder auf den Concurs, als ein Vermögensverhältniß, zurückzukommen, so wird es zweckmäßig seyn, einige Fundamentalgrundsätze des Concurses, welche in viele einzelne Lehren eingreifen, hier vorwegzunehmen. 1) Gegenstand des Staatsinteresse ist der Concurs nur insofern, als der Landescredit von einer guten Concursordnung vorzüglich abhängt; hingegen ist der einzelne Concurs eine reine Justizsache, da es sich darin um Privatrechte handelt, welche auf privatrechtlichem Wege entstanden sind, und nach Regeln des Privatrechts beurtheilt werden müßen. Folgen davon sind: a) die Eröffnung des Concurses bedarf keiner Einwilligung des Landesherrn; b) Cabinetsbefehle sind eben so unzulässig, als in anderen Justizsachen; c) politische, und wohl gar Policeirücksichten, sind bei der richterlichen Beurtheilung ganz ausgeschlossen [1]). Die Oberaufsicht des Staats über Justizsachen gilt auch in Concurssachen; daher z. B. Berichte über die fleißige Förderung der Concurssachen eingefordert werden dürfen. Eine eigene

1) Daher ist wenigstens im Ausdrucke falsch die Darstellung in Grolman's Theorie d. ger. Verf. §. 246.

Art der Justizsachen bilden die Concurssachen nicht, und gehören mit zu den bürgerlichen. 2) Richterliche Concurrenz zu dem Concurse folgt schon aus der Natur vieler einzelnen Handlungen des Verfahrens, z. B. der Immission, Arrestanlegung, Entscheidung von Streitigkeiten; allein auch abgesehen hiervon ist das Interesse der Gesammtheit der Gläubiger unter die Obhut des Gerichts gestellt, und nur was die Einzelnen angeht, diesen überlassen, so daß das Ganze durchgängig den Character einer gerichtlichen Anstalt, einer gerichtlichen Procedur erhält [1]), aber nur als ein aus einzelnen Lehren abstrahirtes Resultat, welches eben deshalb in den davon zu machenden Anwendungen immer wieder einer neuen Prüfung bedarf. 3) Der Concurs ist blos ein Recht der Gläubiger, nicht des Schuldners; denn der Zustand bezweckt Einziehung des Vermögens aus den Händen des Schuldners und Vertheilung in gesetzlicher Ordnung, wobei der Schuldner kein Interesse hat. 4) Der Concurs ist lästig für den Schuldner, welcher, außer den Nachtheilen für seinen Credit und guten Namen, sein Vermögen fremden Händen überlassen muß, aber auch lästig für die Gläubiger, welche selbst im Falle der vollständigen Befriedigung den Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten nicht ersetzt erhalten, ist mithin in Rücksicht aller dabei interessirten Theile ein subsidiarischer, möglichst zu vermeidender, Zustand [2]). 5) Die Grundlage des Römischen Concurses war eine bei dem Richter ausgewürkte Immission, oder eine von Seiten des Schuldners zur Hand genommene Cession; bei uns ist das Institut der Immissionen ganz unbekannt; auch die Cession kennt man nur noch als Rechtswohlthat des Schuldners, um seine

1) Gönner. §. 7. No. 4. Präclusion d. Gläubiger. Abschn.
2) (v. Trützschler) von d. 4. §. 2.

Lage zu mildern, wenn einmal die Eröffnung des Concurses unvermeidlich ist; daher muß man nun unterscheiden, ob der Richter den Concurs erkennt, oder der Schuldner selbst darauf anträgt, selbst der Insolvenz geständig ist. Daß aber auch dieser Unterschied ganz verschwunden, und bei uns das richterliche Erkenntniß auf Concurs die einzige Grundlage sey, aus welcher das Daseyn des Concurses sowohl, als die Würkungen, allein geschöpft werden könnten, ist blos aus dem eben No. 2. bemerkten Character der Gerichtlichkeit des Concurses abgeleitet, und steht nicht fester, als dieser selbst. 6) Ueber den nämlichen Schuldner giebt es zu der nämlichen Zeit immer nur Einen Concurs; der Rechtsgrund ist die Einheit des Vermögens und der politische, der Masse und den Creditoren die doppelten Concurskosten zu ersparen. Wohnt daher der Schuldner an verschiedenen Orten, oder hat an verschiedenen Orten Güter, so giebt es in dem nämlichen Staate darum nicht eben so viele Concurse. 7) Wenn man dem Concurse das Merkmal der Allgemeinheit (concursus est judicium universale), und was daraus folgt, der anziehenden Kraft (vis attractiva) in Rücksicht der Güter und Gläubiger des Schuldners beilegt [1]), so ist dies Merkmal zwar insofern richtig, als es aus der eben bemerkten Unstatthaftigkeit eines doppelten Concurses folgt; darüber hinaus ist das ganze Merkmal ein blos doctrineller Begriff, und Folgen, welche aus diesem Begriffe abgeleitet werden sollen, müssen, grade wie bei einer Römischen regula juris, immer noch ohnehin gerechtfertigt seyn. 8) Auch die oft behauptete par conditio omnium creditorum [2]), deren Sinn nur

1) Salgado de Somoza auct. jud. poss. (42. 5.) l. 6. labyr. cred. concurr. I, 3. §. 7. D. quae in fraud. credit.
2) l. 12. pr. D. de reb. (42. 8.)

dahin geht, daß alle Gläubiger an dem Concurse Theil nehmen (§. 49.) und keine Prävention unter den Gläubigern gilt (§. 83.), ist häufig gemißbraucht; so z. B. hat man daraus die Sistirung der Zinsen im Concurse (§. 50.), die Aufhebung des jus offerendi et succedendi unter den Pfandgläubigern (§. 52.), die Unzulässigkeit des Retentionsrechtes (§. 60.) u. s. w. folgern wollen; Folgerungen, welche consequent verfolgt auch dazu führen würden, daß Keiner einen größeren Anspruch und eine bessere Priorität als der Andere haben könnte. 9) Statt des Concurses dürfen die Interessenten ein außergerichtliches Arrangement wählen, nach Art des Vergleichs und Compromisses; obgleich eine solche Uebereinkunft nicht die Folgen des Concurses hat, z. B. keine Nichtigkeit der Alienationen des Schuldners herbeiführt; dagegen können die Parteien bei gerichtlicher Behandlung dem Richter keine andere Art des Verfahrens, als die gesetzlich bestimmte, vorschreiben, denn das Concursverfahren ist, wie der Proceß überhaupt, als eine bewilligte Staatshülfe Theil des öffentlichen Rechts, und keiner Abänderung durch Privatwillkühr unterworfen; auf jeden Fall gelten nur Verabredungen zur Beschleunigung, nicht zur Verzögerung des Concurses, nur zur Erleichterung, nicht zur Erschwerung des richterlichen Amts.

Drittes Hauptstück.

Von den Abwendungsmitteln des Concurses.

§. 12.

Ist der Schuldner auch würklich zum Concurse reif, so kann dieser doch noch abgewandt, oder wenigstens aufgeschoben werden: 1) durch Hinzutritt Dritter, welche für den Schuldner Zahlung leisten, oder Bürgen werden [1]), letzteres nur mit Zustimmung der Gläubiger; 2) durch Beschränkung des Rechts der Gläubiger; dahin gehören: a) das Moratorium, wodurch die Geltendmachung der Forderung eine Zeitlang aufgeschoben wird; b) der Nachlaßvertrag, wenn sich die Gläubiger mit Procenten der Forderung begnügen. Sowohl das Moratorium, als der Nachlaßvertrag, sind nach gemeinem Rechte mehr zum Besten der Gläubiger, um diese mit den Nachtheilen des Concurses zu verschonen, als zum Besten des Schuldners eingeführt; obgleich Particularrechte oft den umgekehrten Gesichtspunkt haben, und alsdann viel auf den in Rücksicht der Abwendungsmittel des Concurses gemeinrechtlich ziemlich gleichgültigen Umstand geben, ob der Schuldner ein muthwilliger, leichtsinniger oder unglücklicher Fallit ist, und letzteres oft zur Bedingung der Entscheidung durch Stimmenmehrheit machen.

1) Mevius VIII, 59.

I. Moratorium [1].

A. Erlangung.

§. 13.

Sollen die Gläubiger zwar vollständig befriedigt werden, aber eine Zeitlang mit der Realisirung ihrer Ansprüche warten, so heißt dieser Aufschub bei den Römern induciae, im Latein des Mittelalters moratorium, im Deutschen Befristung, Stundung, Anstand. Erlangt wird das Moratorium: 1) von den Gläubigern, am unbedenklichsten, wenn sich alle dazu verstehen, allein auch außer diesem Falle kann die Majorität die Minorität binden und dieser eine nothwendige Befristung aufbürden, was im älteren Rechte bestritten war, seit Justinian aber feststeht [2]. Die Majorität bestimmt sich zunächst nach der Größe der Forderungen, und erst wenn diese auf beiden Seiten gleich ist, nach der Personenzahl, so oft auch die ältere Deutsche Praxis immer blos auf diese sah. Ist selbst die Personenzahl gleich, so kommt es zur Stundung [3]. Gläubiger mit illiquiden Forderungen haben kein Stimmrecht gegen liquide, denn kein Recht kann geltend gemacht werden ohne Beweis [4], wohl aber die schlechteren Gläubiger gegen die besseren, weil das Moratorium für die Zeit der Dauer nicht blos den gegenwärtigen insolventen Vermögensbestand, sondern auch den künftigen möglichen neuen Erwerb ergreift. Vorausgesetzt wird, daß der Schuldner ohne das Moratorium zum Concurse kommen müßte, durch

1) M. s. überhaupt J. H. Boehmer de litt. respirat. Hal. 1722. (Ex. ad P. Tom. III.) Dabelow. S. 151 flg. S. 500 flg. Happel von d. Verfahr. Concursproc. abzuw. Giessen. 1799. Abschn. 1.

2) l. 8. C. qui bonis ced. poss. (7. 71.)

3) l. 8. C. cit.

4) Happel a. a. O. §. 66. 180.

die Befristung aber wahrscheinlich zu retten steht, mithin der eigene Vortheil der Gläubiger durch das Moratorium gefördert wird; eine gute Administration muß der Schuldner ebenfalls hoffen lassen. Länger als auf 5 Jahre kann die Majorität die Minorität nicht verbinden [1]). Das Recht der Majorität zur Fristertheilung kommt ausdrücklich nur in Bezug auf die vom Schuldner angebotene cessio bonorum vor, ohne Zweifel weil in den Immissionsfällen der Schuldner meist ungehorsam oder abwesend ist, und ohne seinen Antrag nicht leicht über Stundung berathen wird; eine Beschränkung des Rechts der Majorität auf diesen besonderen Fall folgt daraus nicht. Ob das Recht der Mehrheit noch nach eröffnetem Concurse, wohl gar nach abgegebenem Prioritätsurtheile gelte, ist nicht unbedenklich, weil die Stundung jetzt soviel weniger Nutzen schafft. 2) Von dem Regenten, im Latein des Mittelalters litterae respirationis, Quinquenellen, im Deutschen eiserne Briefe. Insofern die Gläubiger nicht gefragt werden, ist diese Art des Moratoriums eine nothwendige Befristung, aber darum auch ein großer Eingriff des Staats in die Privatrechte, und als wahres Unrecht möglichst zu beschränken. Schon die Römischen Kaiser legten sich unbedenklich das Recht bei, in Bezug auf einzelne Rechtssachen vorübergehende Verfügungen zu treffen [2]), und es ist ganz im Geiste des Römischen Rechts, wenn aus einer früheren Constitution über Befristungen des Regenten an Schuldner des Fiscus [3]) bei Justinian eine allgemeine, auf alle Schuldner anwendbare, Stelle geworden ist [4]). Auch in Deutschland sind die Moratorien des Regenten früh üblich

1) l. 8. C. cit.
2) l. 3. C. Th. de div. rescr. (l. 2.) l. 2. C. de prec. imp. off. (l. 19.)
3) l. 6. C. Th. de div. rescr.
4) l. 4. C. de prec. imp. off.

geworden [1], und die Reichsgesetze [2] enthalten nur Vorschriften gegen den Mißbrauch, welche seit Auflösung der Reichsverfassung dem guten Willen des Regenten überlassen sind, aber doch ziemlich beobachtet werden. Der Concurs muß: a) bei sofortiger Zahlung unvermeidlich seyn; b) der Schuldner durch Befristung wahrscheinlich zu retten stehen; c) eine gute Administration hoffen lassen; d) diese Umstände durch Zeugnisse der Obrigkeit darthun [3]. Ueber 5 Jahre wird das Moratorium nicht leicht ertheilt; eher noch nach Ablauf der Zeit eine Verlängerung bewilligt. Moratorien ohne Zeitbestimmung beschränken Manche auf 5 Jahre, allein der Regent konnte sie bis zur Veränderung der Umstände geben wollen; richtiger ist also, daß die Gläubiger um Aufhebung bitten [4]. 3) Der Richter kann keine Moratorien bewilligen [5], denn er soll nur über Rechte und Befreiungen erkennen, nicht sie ertheilen. Einige für das Gegentheil angeführte Stellen [6] reden blos von der Executionsinstanz, und geben dem Richter nur die Rechte, welche aus der Leitung der Execution folgen.

B. Würkungen.

§. 14.

Das Moratorium macht die Schuld inexigibel, und wendet alle Nachtheile der Nichterfüllung ab. Daher kann keine Conventionalstrafe verfallen, keine lex commissoria würksam werden, keine mora solvendi entstehen; sogar die entstandene mora hört nach der bekannten Würkung je-

1) Pufendorf Obs. II, 22, 2. Happel a. a. O. §. 21 flg.

2) R. P. O. 1577. Tit. 23. §. 4.

3) Happel a. a. O. §. 29 flg.

4) Pufendorf Obs. II, 22, 5.

5) A. M. ist Leyser Sp. 12. med. 4.

6) l. 21. D. de judic. (5. 1.) l. 45. §. 10. D. de jure fisci. (49. 14.)

der Festsetzung einer neuen Erfüllungszeit für die Dauer des Moratoriums auf [1]). Verzugszinsen können daher weder anfangen [2]), noch fortdauern [3]). Anders ist beides in Rücksicht der Vertragszinsen, deren Anfang und Fortdauer blos an die fortbestehende Gültigkeit des Vertrags geknüpft ist [4]); solche Zinsen gebühren selbst denjenigen Gläubigern, welche in das Moratorium willigten, denn die Absicht zu schenken hat die Vermuthung gegen sich, zumal hier, wo nach dem ganzen Zweck des Moratoriums dem Schuldner nichts erlassen, sondern nur Zeit gegönnt werden soll [5]). Verbesserung der Vermögensumstände kürzt die Dauer des Moratoriums nicht ab, denn die clausula rebus sic stantibus versteht sich als wahre Resolutivbedingung nirgends von selbst; doch können die Gläubiger bei dem Regenten auf die Aufhebung antragen [6]). Die Verjährung gegen die Gläubiger ist während des Moratoriums aufgeschoben [7]). In älteren Zeiten ist wohl behauptet, wenn der Schuldner ein Moratorium erlange, brauchten auch seine Schuldner ihm nicht zu zahlen, denn es sey Regel, quod quisque juris in alterum statuerit, ut eodem jure et ipse utatur [8]), und diese komme sogar einem Anderen, als dem Verkürzten, zu Gute [9]); allein das Moratorium ist weder ein jus novum, noch etwas Widerrechtliches, wie die An-

1) l. 29. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) l. 8. pr. D. de novat. (46. 2.)

2) A. M. ist Salgado de Somoza II, 30, 49 sq. Walch Contr. IV, 3, 1. §. 6.

3) Nicht für den Anfang während des Moratoriums, aber für den Fortgang sind Voet ad P. XXXXII, 3, 15. Glück Pand. XXI. §. 1132. S. 69.

4) Boehmer l. c. II, 16.

5) Nicht entgegen ist l. 8. §. 2. D. de lib. leg. (34. 3.) denn sie redet von der Befristung im letzten Willen, welche benigne interpretirt wird, auch nur durch die Absicht der Liberalität erklärlich ist.

6) Happel a. a. O. §. 58.

7) l. 8. C. qui bonis ced. poss. (7. 71.)

8) l. 1. §. 1. D. quod quisq. jur. in alt. stat. (2. 2.)

9) l. 3. §. 2. D. eod.

wendung des gedachten Princips erfordert [1]; daher selbst, wenn der Schuldner seine eignen Gläubiger ausklagt, diese für den Fall, daß die Compensation und Retention unzulässig wäre, keine Retorsion verfolgen können.

C. Einschränkungen.

§. 15.

Hypothecarische Gläubiger müssen sich nach gemeinem Rechte dem Moratorium fügen, nicht nur als Consentienten [2], sondern auch als Dissentienten [3]; obgleich das Particularrecht die Faustpfandgläubiger und die Specialhypotheken, wenigstens wenn diese eingezeichnet wurden, oft ausnimmt. Ebenfalls sind die mit einem privilegium exigendi begünstigten Gläubiger nicht besser daran, als simple Gläubiger. Dagegen ist das Moratorium 1) gegen eine Menge Ansprüche ganz unanwendbar; nämlich a) steht es der Verfolgung des Eigenthums und der Zurückforderung der dem Schuldner auf eine Zeitlang überlassenen Sachen nicht entgegen, denn der Schuldner soll nur nicht aus dem Seinigen zur Zahlung angehalten werden, aber nicht fremdes Gut dem Eigenthümer vorenthalten dürfen [4]. b) Ist der Gläubiger nicht gehindert, mit seiner dem Moratorium unterworfenen Forderung gegen den Schuldner zu compensiren, oder deshalb die Retention auszuüben, denn das Moratorium ist streng dahin zu erklären, daß nur die Einklagung der Forderung unterbleibt, und es würde auf einen schlechten Formalismus und die höchste Unbilligkeit hinauslaufen, blos des-

1) Wernher V, 159. Dabelow S. 505. Glück Pand. III. §. 214.

2) l. 5 §. 1. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6.)

3) l. 8. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.) Pufendorf II, 22, 6. II, 164. 1.

4) Boehmer l. c. III, 4.

halb, weil dem Schuldner aus Nachsicht einiger Aufschub gegönnt wird, die Compensation eben so wie bei verabredeten Zahlungsfristen, ohne welche der Debitor nicht in die Entstehung der Schuld gewilligt haben würde, auszuschließen [1]. c) Sind alle erst nach Ertheilung des Moratoriums contrahirte Forderungen ausgenommen, weil sich sonst Niemand mehr mit dem Schuldner einlassen könnte [2]. d) Bezieht sich das Moratorium nicht auf die fortlaufenden Prästationen [3], namentlich nicht auf Abgaben an den Staat, Alimente, Renten, Vertragszinsen, welche sämmtlich während des Moratoriums nicht nur fortlaufen, sondern auch gezahlt werden müssen; Rückstände an diesen Gegenständen aus früherer Zeit sind aber dem Moratorium unterworfen. Alle Ausnahmen, welche die Rechtslehrer sonst noch machen [4], z. B. Forderungen der Armen, der universitates, der pia corpora, beschworne, abgeurtheilte u. s. w. sind sämmtlich willkührlich, und besonders wegen des Nachtheils für die übrigen Gläubiger, welchen dadurch von ganz unprivilegirten Creditoren das Object der künftigen Befriedigung verringert werden könnte, sehr verwerflich; daher auch eine Verzichtleistung des Schuldners auf das Moratorium gegen einzelne Gläubiger ohne Erfolg bleiben muß [5]. 2) Erstreckt sich das vom Regenten ertheilte Moratorium blos auf die bei inländischen Gerichten verfolgten Ansprüche, und schützt den Schuldner bei einer Klage außerhalb Landes nicht rücksichtlich der im

1) l. 16. §. 1. D. de comp. (16. 2.) Boehmer l. c. III, 3. Neustettel Rechtsunters. I, 12.

2) Boehmer l. c. III, 12. Happel a. a. O. §. 74.

3) Boehmer l. c. III, 5. Happel a. a. O. §. 56.

4) Ein im Ganzen verwerfendes Verzeichniß bei Boehmer l. c. III, 5 seq. Dabelow S. 502 flg. Happel a. a. O. §. 37 flg.

5) Happel a. a. O. §. 52. A. M. ist Walch Contr. IV, 3, 1, 8.

Auslande befindlichen Executionsobjecte [1]). 3) Dem Erben des Schuldners muß das Moratorium erst von neuem bewilligt werden, denn es ist auf die persönlichen Eigenschaften des Schuldners berechnet; auch kommt bei dem Moratorium des Regenten hinzu, daß Privilegien der Person nicht vererbt werden [2]). 4) Auch der Bürge hat nicht das Moratorium, weil er nur vererbliche Einreden genießt, und weil auch nicht die Sicherheit des Hauptschuldners, welcher gegen den Regreß des Bürgen ebenfalls durch das Moratorium gedeckt ist, die Erweiterung auf den Bürgen fordert [3]). Das beneficium excussionis kann dem Bürgen ebenfalls nicht zu Statten kommen, da die Hauptschuld nicht klagbar ist, nur wenn der Gläubiger in das Moratorium willigte und deshalb bei verlangter Excussion die Replik des Gläubigers, daß die Hauptschuld nicht klagbar sey, von dem Bürgen durch die Duplik, daß der Gläubiger selbst Schuld daran sey, beseitigt werden kann, wird der Bürge noch auf diesem anderen Wege frei werden können. Einige unterscheiden in Rücksicht der exceptio moratorii des Bürgen, ob der Regent das Moratorium gab, oder die Gläubiger [4]), ob der Bürge auf die Excussion Verzicht leistete, oder nicht [5]); allein das Moratorium steht dem Bürgen in keinem Falle zu; nur darin ist der letzte dieser Unterscheidungsfälle dem Bürgen vortheilhafter, daß in diesem noch der Schutz durch das beneficium excussionis denkbar ist, niemals aber in dem entgegengesetzten Falle. 5) Gleiches Recht wie vom Bürgen, gilt auch

1) Happel a. a. O. §. 25.

2) l. 25. §. 1. D. de pactis (2. 14.) l. 1. § 1. D. de jure imm. (50. 6.) l. 3. §. 1. D. de cens. (50. 15.) Boehmer l. c. II, 10 Happel a. a. O. §. 76.

3) Salgado de Somoza II, 30. no. 26 seq. Voet XXXXII, 3, 19. Pufendorf Anim. 122. Weber v. d. nat. Verb. §. 115. Not. 3.

4) Boehmer l. c. II, 11.

5) Dabelow S. 175 flg. Happel a. a. O. §. 69 flg.

von dem dritten Besitzer eines vom Schuldner bestellten Pfandes [1]; sowie von demjenigen, welcher für fremde Schulden Pfänder giebt [2].

D. Sicherstellung der Creditoren.

§. 16.

Zu den Sicherstellungen der Creditoren während der Dauer des Moratoriums gehört: 1) daß der Schuldner sein Vermögen nicht verringern darf; 2) daß er keinem Gläubiger zum Nachtheil der anderen zahlen darf; 3) daß er die im Römischen Rechte erwähnte Caution wegen künftiger Zahlung leistet [3]; ist nun gleich diese Caution wohl selten ausführbar [4], so kann doch der Schuldner der Controlle der Gläubiger, oder auch einiger von diesen unterworfen, demselben jede über die bloße Administration hinausgehende Veräußerung untersagt, ja die Administration selbst genommen werden [5]; nur müssen in diesem Falle, wo der Concurs selbst noch ungewiß ist, bis zu dessen würklicher Eröffnung die nöthigen Alimente aus der Masse verabfolgt werden [6].

E. Moratorium durch Terminzahlung.

§. 17.

Wird dem Schuldner mittelst Terminzahlung der successive Abtrag erlaubt, so liegt darin ein Moratorium, nur von verschiedener Länge für die einzelnen Theile der Schuld. Daher gelten alle Regeln des Moratoriums, namentlich auch über die Ertheilung; welche zwar von der

1) l. 5. pr. D. quib. mod. pign. solv.

2) l. 2. D. quae res pign. oblig. (20. 3.)

3) l. 4. C. de prec. imp. off. (1. 19.)

4) Boehmer l. c. II, 14. Dabelow. S. 501.

5) Mevius VI, 366. Happel a. a. O. §. 59.

6) Happel a. a. O. §. 53.

Majorität der Gläubiger [1]), aber nicht von dem Richter ausgehen kann, als höchstens in der Executionsinstanz; wenn gleich Manche inconsequent genug dem Richter in Rücksicht des Moratoriums, was durch Terminzahlung herbeigeführt wird, ein größeres Recht, als in Rücksicht des Moratoriums überhaupt, einräumen [2]).

F. Moratorium für ein ganzes Land [3]).

§. 18.

In Deutschland giebt es Beispiele von Moratorien für ganze Classen von Schuldnern, ja für das ganze Land, wovon schon die Reichsgesetze aus der Zeit nach dem 30jährigen Kriege ein Beispiel haben [4]). Sie sind nach dem Moratorium für Einzelne zu beurtheilen; nur mit folgenden Abweichungen: 1) sie gelten auch bei solventen Schuldnern; 2) bei diesen fällt alles weg, was bei insolventen zur Sicherstellung der Gläubiger in der Zwischenzeit geschehen darf; 3) der Erbe und Bürge sind gewöhnlich in gleicher Lage, wie der Erblasser und der Hauptschuldner, und haben dann das Moratorium aus ihrer eigenen Person.

II. Nachlaß [5]).

A. Erlangung.

§. 19.

Begnügen sich die Gläubiger mit gewissen Procenten gegen Aufhebung des übrigen Theils der Forderung, so ist

1) v. Bülow's u. Hagemann's Pr. Er. I, 63.

2) z. B. v. Quistorp Rechtl. Bem. I, 33.

3) M. s., jedoch nicht ohne Critik, Mevius II, 371. III, 261. V, 1.

4) J. R. A. §. 172.

5) M. s. überh. Dabelow S. 283 flg. S. 558 flg. Happel v. d. Verf. Concurspr. abzuw. Abschn. 2. Heffter im Archiv. f. d. civ. Prax. X, 15.

dies der Nachlaß. Ein solcher ist zwar ein einseitiges Aufgeben, aber doch keine Schenkung, und daher deren Beschränkungen, z. B. der gerichtlichen Insinuation, nicht unterworfen, es wäre denn daß würklich eine Absicht der Liberalität zum Grunde läge. Er kann nur von den Gläubigern selbst, nicht von dem Regenten, ausgehen. Unbedenklich ist der Nachlaß, wenn alle Gläubiger einwilligen, desto bedenklicher der nothwendige, welchen die Majorität der Gläubiger der Minorität aufnöthigt. Bei den Römern pflegten die Gläubiger, damit nicht die Erbschaft verkauft und der Erblasser nach dem Tode beschimpft werde, dem Erben einen Nachlaß hinsichtlich der Erbschaftsschulden zu bewilligen, um durch deren Zahlung die Beschimpfung von dem Verstorbenen abzuwenden [1]). Dieser Nachlaß durfte schon bei Lebzeiten des Erblassers dem künftigen Erben bewilligt werden [2]), und wurde so gewöhnlich, daß zuletzt die Majorität die übrigen dazu zwingen durfte [3]), damit nicht durch Widerspenstigkeit Einzelner ein so wichtiger Zweck vereitelt werde [4]); wobei es auch wohl seit Einführung des beneficii inventarii bleibt, weil ohne Nachlaß die entschieden solvente Erbschaft auch nicht cum ben. invent. angetreten, oder doch im Falle einer solchen Antretung der Verkauf der Erbschaft nicht abgewandt wird [5]). Die Ausdehnung dieses Zwanges über den Fall der anzutretenden Erbschaft läßt sich nach dem dabei zum Grunde liegenden Gesichtspunkt, und wegen der Unschädlichkeit der Aufopferung, da für das Vermögen eines Todten keine späteren neuen Erwerbungen zu erwarten sind, theoretisch

1) l. 23. D. quae in fraud. cred. (42. 2.)

2) l. 7. §. 18. D. de pactis. (2. 18.)

3) l. 7. §. 19. D. eod. l. 58. §. 1. D. mand. (17. 1.)

4) Voet ad Pand. II, 14. 26.

5) Voet l. c. A. M. ist Happel a. a. O. §. 137.

überall nicht rechtfertigen, obgleich die Mehrzahl der Juristen und die Praxis für die Anwendung auf einen lebenden Schuldner ziemlich entschieden sind [1]). Einige verlangen nun, daß den Gläubigern ein Vortheil angeboten werde, welchen die Majorität durch Widerspruch der übrigen verlieren würde, z. B. daß der Schuldner gegen einen ihm zu bewilligenden Nachlaß zurückkehren, oder weggebrachte Papiere und Effecten zurückliefern, oder daß ein Dritter zum Abtrag der Schulden zuschießen will, u. s. w., lassen aber eine bloße Liberalität der Majorität gegen den Schuldner, die Minorität nicht verbinden, wiewohl sie nicht verlangen, daß der Schuldner sich der Nachsicht werth zeige [2]). Andere halten es für einen hinlänglichen Grund des Zwanges, daß der Credit und gute Name des Schuldners geschont werde, und verlangen nur, daß dieser eine solche Schonung verdiene, in welchem Falle er wohl gar einen Anspruch auf Nachlaß habe [3]). Von Seiten der Consequenz mag sich, wenn man einmal die Römische Vorschrift ausdehnt, für diese letztere Meinung etwas sagen lassen, desto weniger aber von Seiten der Gerechtigkeit, und es ist dringende Pflicht, derselben entgegen zu würken, und lieber alle Ausdehnung der Römischen Vorschrift ganz zu verwerfen.

B. Bedingungen des nothwendigen Nachlasses.

§. 20.

Soll der nothwendige Nachlaß eintreten, so muß 1) die Majorität über den Nachlaß zu einer bestimmten Summe einig seyn. Die Majorität bestimmt sich zunächst nach der Größe der Forderungen, in welche auch Zinsen eingerechnet

1) Happel a. a. O. §. 138 flg.

2) v. Berg's Jur. Beob. u. Rechtsf. IV, 25.

3) Hoffter a. a. O.

werden [1]); und wenn die Größe der Forderungen auf beiden Seiten gleich ist, nach der Zahl der Personen [2]); wobei jedoch wegen der Tendenz die Zahl der Personen zu vermindern, Ein Gläubiger mit mehren Forderungen, und mehre Gläubiger mit Einer Forderung nur für Eine Person gelten [3]). Nächstdem giebt derjenige Theil den Ausschlag, unter welchem der Vornehmere sich findet, wahrscheinlich weil man von diesem die größere Einsicht und Billigkeit erwartet, obgleich dieser Vorzug den heutigen Ansichten von der Gleichheit vor dem Gesetze wohl wenig zusagen und darum auch wohl wenig befolgt werden dürfte; und wenn alles einsteht, kommt es zu der humanior sententia, d. h. hier, wo deren Begriff allgemein genommen ist, ohne Rücksicht auf das Concrete des Falles, zu dem Nachlaß [4]). Der Einwilligende muß die Disposition über sein Vermögen haben, und wer für einen anderen einwilligt, procurator omnium bonorum oder cum libera seyn; bei einem Nachlasse aus reiner Liberalität gegen den Schuldner würden auch diese Personen ausgeschlossen seyn und blos Specialbevollmächtigte genügen [5]). Der Vormund kann einwilligen, nur nicht blos aus Liberalität gegen den Schuldner [6]). Gläubiger mit illiquiden Forderungen haben auch hier kein Stimmrecht gegen liquide [7]), wohl aber die schlechteren Gläubiger gegen die besseren, weil das Nachmahnungsrecht für beide verloren geht. 2) Muß der Schuldner würklich insolvent seyn. 3) Müssen alle Gläubiger geladen seyn, um ihre Erinnerungen vorzubringen [8]), oder wenn man dies nicht für durchaus nöthig

1) l. 8. l. 9. §. 1. 2. D. de pact. (2. 14.)
2) l. 8. D. eod.
3) l. 9. pr. D. eod.
4) l. 8. D. eod.
5) Happel a. a. O. §. 114.
6) Happel a. a. O. §. 118.
7) Happel a. a. O. §. 66. 180.
8) Salgado de Somoza II, 30. no. 67 seq.

hält [1]), den Abwesenden alle Erinnerungen unbenommen bleiben [2]). 4) Darf sich die Majorität keine höheren Procente bedingen, als die Minorität erhalten soll. 5) Bedarf es noch der obrigkeitlichen Bestätigung des Nachlasses [3]). Die Obrigkeit muß die Competenz haben, wegen der causae cognitio und des Decrets, namentlich die des Schuldners seyn, denn die der Gläubiger ist immer nur für Einzelne competent. Der eigentliche Zweck der Bestätigung ist, die Minorität gegen Beeinträchtigung zu schützen, was der Deutsche Richter bei der ungebührlichen Erweiterung der Römischen Vorschrift vorzüglich vor Augen haben, und daher die Bestätigung abschlagen muß, wenn die Majorität durch Uebelwollen gegen die übrigen geleitet wird, oder wenn sie der Collusion mit dem Schuldner verdächtig ist, oder wenn der Nachlaß im Verhältniß zu dem Vermögensbestande zu unmäßig erscheint. Ob das Recht der Mehrheit noch nach eröffnetem Concurse, wohl gar nach abgegebenem Prioritätsurtheile, gelte, ist nicht unbedenklich, weil der Nachlaß jetzt soviel weniger Nutzen schafft [4]). Auch ist es sicher unrichtig, daß jeder Dissentient zufrieden gestellt werden könne, wenn er nur empfange, was er unter Voraussetzung des Concurses erlangt haben würde, da ihm das Nachmahnungsrecht entzogen wird.

C. Gläubiger, welche an den nothwendigen Nachlaß nicht gebunden sind.

§. 21.

Hypothecarische Gläubiger, welche ein zur Befriedigung zureichendes Pfand besitzen, also wahrhaft hypothe-

1) de Canngiesser Dec. Hasso-Cass. II, 172. no. 19. 20.

2) de Canngiesser l. c. d. no. 21.

3) l. 7. §. 19. D. de pact.

4) Für die Zulässigkeit ist Dabelow S. 568 flg.

carische, nicht blos chirographarische, Gläubiger abgeben, sind an den Nachlaß der Majorität nicht gebunden [1]; weil sie sonst der Nachlaß in eine schlechtere Lage versetzen würde, als der Concurs selbst, weil die übrigen Gläubiger sich auf ihre Kosten bereichern würden, und weil sich Niemand an seinem gewissen Befriedigungsobjecte durch Andere etwas kürzen zu lassen schuldig ist; Gründe, welche auch noch im heutigen Concurse entscheiden, seitdem die hypothecarischen Gläubiger Theilnehmer desselben sind. Selbst andere Pfandgläubiger haben kein Recht des Zwanges [2], denn der Grundsatz, daß Niemandem sein gewisses Befriedigungsobject entzogen werden darf, entscheidet gegen Jeden, wer er auch sey. Obgleich nun die Pfandgläubiger das Recht, auf den Concurs zu bestehen, nur durch gänzliche Befriedigung verlieren, so würde doch der Erlaß einiger Procente wegen ersparten Zeit- und Kostenaufwandes nicht unbillig seyn. Auch erkennen manche Particularrechte die Befreiung der Pfandgläubiger nur bei dem Faustpfande und bei den Specialhypotheken, und bei diesen auch wohl nur bei den eingezeichneten an. Gläubiger mit einem privilegium exigendi sollten eigentlich durch die Majorität nicht verpflichtet werden, aus dem nämlichen Grunde, wie die hypothecarischen; so entscheidet auch Paulus [3], während Ulpian [4] bei umständlicher Erörterung ein kaiserliches Rescript für das Gegentheil beibringt; ein Widerspruch,. welchen schon die Glosse zu lösen versucht hat [5], welcher aber nur durch den Vorzug der umständlichen Erörterung vor der beiläufigen, des Rescripts

1) l. 10. pr. D. de pact. (2. 14.) l. 58. §. 1. D. mand. (17. 1.)

2) A. M. ist Happel a. a. O. §. 177.

3) l. 58. §. 1. D. mand.

4) l. 10. pr. D. de pact.

5) Glossa ad l. 58. §. 1. D. mand.

vor den Grundsätzen aus der Natur der Sache entschieden werden kann [1]). Nur das Privilegium der ersten Classe, da es noch stärker ist, als die Hypothek, muß wohl, wie diese, gegen den Nachlaß schützen [2]). Aus dem Zwange zum Nachlaß folgt, daß die privilegirten nicht ganz abgefunden werden, und zu höheren Procenten, wie bei den übrigen, fehlt aller Maaßstab [3]). Gebunden an den Nachlaß ist auch, wer sich ganz von der jetzigen Masse lossagt, um sich an die künftigen Güter zu halten, weil sonst der Schuldner den Accord nicht eingehen kann, und der Beschluß der Mehrheit vereitelt wird [4]). Die von Manchen angeführten Forderungen, welche vom Nachlaß befreiet seyn sollen, beruhen auf bloßer Willkühr [5]).

D. Würkung des Nachlasses.

§. 22.

Die verabredeten Procente müssen vom Schuldner entrichtet werden; von den übrigen wird er ganz entschlagen [6]), wenn sich nicht die Gläubiger durch Anfechtung des Nachlasses helfen können (§. 23.), oder wenn sie sich nicht durch vertragsmäßig vorbehaltene Nachforderung bei vorhandenem Ueberschusse, bei beträchtlicher Verbesserung der Vermögensumstände, gedeckt haben. Einige geben den Dissentienten ein Nachforderungsrecht [7]), was aber doch nur gelten kann, wenn kein förmlicher Beschluß der Mehrheit zu Stande kam, denn sonst sind die Dissentienten rechtlich Consentien-

1) Cujacius ad l. 10. D. de pact. Vinnius de pact. c. 17. no. 8. Happel a. a. O. §. 171.
2) Berlich Dec. II, 242.
3) Dabelow S. 567.
4) Dabelow S. 562.
5) Ein im Ganzen verwerfendes Verzeichniß bei Dabelow S. 561 flg. Happel a. a. O. §. 174 flg.
6) l. 7. §. 10. D. de pact. (2. 14.)
7) z. B. v. Berg Jurist. Beob. u. Rechtsf. IV, 27.

ten. Auch der Erbe hat den Nachlaß zu genießen; ebenso der Bürge, ausgenommen wenn der Gläubiger seinen Dissens in Rücksicht des Nachlasses erklärt und die Procente gegen den Schuldner ganz aufgiebt, um sich blos an den Bürgen zu halten, was ihm immer erlaubt ist, wenn er der Verhandlung über den Nachlaß nicht beiwohnte [1]).

E. Anfechtung des Nachlasses.

§. 23.

Bleibt dem Schuldner nach Entrichtung der verabredeten Procente ein Ueberschuß, so ist die bloße Läsion der Gläubiger eben so wenig ein Anfechtungsgrund, als bei anderen Verträgen; selbst dann nicht, wenn die Gläubiger nicht halb empfangen, was die Masse vermag, weil der

1) l. 58. §. 1. D. mand. (Paulus lib. 4. Quaest.) Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore, majore parte creditorum consentiente, a Praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator exstiterat. Quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi, si praesens apud Praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur justa ex causa: eaque exceptio et fidejussori danda esset, et mandatori: sed cum proponas eum abfuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum Praetoris: nec enim, si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fidejussori, quibus mandati judicio eandem partem praestaturus est: plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fidejussorem convenire, dubitatum est? sed videbitur consentire decreto, conveniendo heredem. Die Worte der Stelle: nec enim. gehen auf den möglichen Einwand, auch dem Bürgen des abwesenden Gläubigers müsse der Nachlaß zur eigenen Sicherheit des Hauptschuldners zu Statten kommen; dieser Einwand wird dadurch beseitigt, daß wenn der Bürge auch das Ganze zahle, sein Regreß gegen den Hauptschuldner nur auf die allen übrigen Gläubigern zugestandenen Procente gehe. Die richtige Erklärung der Stelle haben Noodt de pact. et trans. c. 21. v. Berg Jur. Beob. u. Rechtsf. IV, 26. Unrichtig ist die bei Dabelow S. 288 flg.

Nachlaß einseitig ist und nur bei zweiseitigen Geschäften die Vergleichung der Leistung und Gegenleistung vorkommt, wenn man aber auch den Nachlaß wegen der Ungewißheit, was der Gläubiger im Concurse erhalten würde, als einen Vergleich ansehen wollte, auch dieser keine Entkräftung wegen Verkürzung gestattet [1]). Eben so wenig gilt die Anfechtung wegen unerwarteter Verbesserung der Vermögensumstände, denn die clausula rebus sic stantibus versteht sich nicht von selbst [2]). Genügt das Vermögen nicht einmal zu den bedungenen Procenten, und es wird der Concurs nicht durch noch größeren Nachlaß abgewandt, so hat wohl der Schuldner nach der wahrscheinlichen Absicht der Parteien die Befreiung von den anfangs erlassenen Procenten nicht weiter zu genießen, und empfangen die Gläubiger im gegenwärtigen Concurse, was da ist, und haben künftig das unbeschränkte Nachforderungsrecht [3]). Betrug entkräftet den Nachlaß [4]), namentlich wenn der Schuldner ein unrichtiges Vermögensverzeichniß vorlegte, oder einigen Gläubigern unter der Hand bessere Bedingungen machte. Der Irrthum, daß die Creditoren den Schuldner für ärmer hielten, ist ohne Würkung, wie jeder Irrthum über bessere und schlechtere Beschaffenheit, nur wenn ein Umstand als völlig gewiß vorausgesetzt ist, z. B. die Insolvenz des Schuldners, so kann dessen Nichtdaseyn den Nachlaß ungültig machen. — Einen uneigentlichen Nachlaß nennen es die Rechtslehrer, wenn die besseren Gläubiger etwas aufgeben, damit auch den schlechteren etwas zufalle; ein solcher Nachlaß dient nicht zur Beseitigung des Concurses und bindet nur würkliche Consentienten [5]).

1) Dabelow S. 574 flg.
2) Dabelow S. 575. A. M. ist Happel a. a. O. §. 211.
3) Hagemann's Pr. Erört. VII, 107.
4) l. 7. §. 10. D. de pact. (2. 14.) Happel a. a. O. §. 203.
5) Dabelow S. 646.

Viertes Hauptstück.

Von Entstehung des Concurses.

I. Nothwendige Bedingungen des Concurses.

§. 24.

Ist keine Abwendung des Concurses zu erreichen, und muß es zu dessen Eröffnung kommen, so wird es wichtig seyn, die Bedingungen des Concurses zuvor etwas genauer zu bestimmen. Jeder Concurs setzt voraus: 1) das Daseyn eines Schuldners, gleichviel ob eines lebenden oder todten, obgleich es den Gläubigern, abgesehen von der nur einem lebenden zustehenden Competenz, vortheilhafter ist, wenn der Schuldner lebt (z. B. §. 32. 36.). Auch moralische Personen sind dem Concurse unterworfen, nur gegen den Staat selbst ist wenigstens nicht der gerichtliche Concurs denkbar. Die Einzelnen trifft der Concurs der moralischen Person nicht [1]). Dagegen sind bei Privatsocietäten die Einzelnen das verpflichtete Subject; wird daher die Casse insolvent, so müssen die Einzelnen zuschießen, was auf ihre Societätsrate fällt, und im Falle des Unvermögens entsteht der Concurs über die Einzelnen, nicht über die Societät. Dispositionsunfähigkeit des Schuldners legt den Gläubigern kein Hinderniß der Rechtsverfolgung in den Weg [2]), und würkt blos bei den eigenen Handlungen des

1) arg. l. 7. §. 1. D. quod cujusq. univers. nom. (3. 4.) Wernher V, 11. Leyser Sp. 131. m. 4. 5.

2) arg. l. 7. pr. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.)

Schuldners beschränkend; nur die Unterordnung der Communen unter die Aufsicht des Staats erschwert auch wohl den Gläubigern die Rechtsverfolgung (§. 36. No. 1.). 2) Daseyn von Gütern, woran die Gläubiger Rechte haben. Daher ist kein Concurs begründet, wenn der Schuldner blos Güter hat, welche der Execution nicht unterliegen; oder wenn er gegen alle Gläubiger die Competenz genießt und nach deren Abzug nichts übrig hat. Justinian gab dem Schuldner auch noch die ejuratio bonae copiae, daß er schwört, nichts von Bedeutung zu haben, und dadurch die Creditoren von dem jetzigen Vermögen auf das künftige verweiset [1]); wodurch der Concurs gegen Schuldner mit geringem Activvermögen fast ganz unmöglich werden würde; indessen ist die ganze Verordnung nicht glossirt und nicht in den Gerichtsgebrauch übergegangen [2]). 3) Insufficienz der Güter, worauf es zwar im Römischen Concurse nicht ankommt, welche man aber für den heutigen Concurs stets als den einzigen genügenden Grund betrachtet hat, den Schuldner mit den Nachtheilen des Concurses zu belästigen. Selbst wenn der Schuldner kein Geld aufzutreiben im Stande ist, kann es nur zum Verkauf einzelner Vermögensstücke und zur datio in solutum, aber nicht zum eigentlichen Concurse kommen. Auch ist die Insolvenz nach dem ganzen Vermögen des Schuldners zu bestimmen, so daß wenn sich blos in Rücksicht eines einzelnen Vermögensstückes Gläubiger über den Betrag des Werthes finden, auch nicht einmal ein Particularconcurs über den einzelnen Gegenstand denkbar ist, denn juristisch ruht die Schuld auf dem ganzen Vermögen, auch wäre es ungerecht, den Schuldner auch nur theilweise mit

1) Nov. 135. c. 1. Cujacii Exp. Nov. cit. Dabelow S. 135 flg. 2) Leyser Sp. 474. m. 5.

einem Concurse zu belästigen, so lange dies die Sicherheit der Gläubiger noch nicht erfordert. Gewöhnlich nennt man 4) Mehrheit der Gläubiger. Nun wird freilich bei insolventen Schuldnern die Mehrheit der Gläubiger nicht leicht fehlen; doch wäre es möglich, daß nur Ein Gläubiger da wäre, oder daß Einer allein alle Forderungen übernähme. Ein solcher kann unbezweifelt dem Schuldner das Vermögen entziehen, und insofern ist ein Concurs ohne Mehrheit der Gläubiger denkbar; allein unanwendbar ist, was auf die ordnungsmäßige Austheilung unter mehre Gläubiger berechnet ist, wie z. B. das Prioritätsverfahren, der Distributionstermin, u. s. w.; zu solchen Concursverhandlungen gehören wenigstens zwei Gläubiger [1]), obgleich selbst, wenn diese und wohl noch mehre da sind, das Princip der Zweckmäßigkeit den Richter oft bestimmen kann, kein vollständiges Concursverfahren zuzulassen, besonders wenn die Gläubiger sich ihre Forderungen einander gar nicht streitig machen. Kommt es übrigens darauf an, ob Ein oder mehre Gläubiger da sind, so müssen Inhaber einer gemeinschaftlichen Forderung, wenigstens wenn diese theilbar ist, schon als mehre gelten, weil jeder seinen selbstständigen Theil der Forderung mit eigenem Rechte hat [2]); sogar ein Verfahren über gleiche oder ungleiche Priorität ist hier denkbar. — Nach Römischem Rechte gilt das gewöhnliche Schuldverfahren nicht 1) bei dem peculium profectitium des Hauskindes, wegen des Distributionsrechtes des Vaters [3]); 2) bei der cum beneficio inventarii angetretenen Erbschaft, welche der Erbe vertheilt [4]). Bei

1) Dabelow S. 671.

2) arg. l. 1. 2. C. si plures una sent. (7. 55.) A. M. ist Dabelow a. a. O.

3) §. 3. 4. J. quod cum eo, qui in al. pot. (4. 7.)

4) l. 22. §. 4 — 9. C. de jure del. (6. 30.)

uns ist in beiden Fällen das Distributionsrecht an die Gerichte übergegangen, vorausgesetzt daß Insolvenz da ist.

II. Befugniß die Eröffnung des Concurses zu verlangen.

§. 25.

Der Schuldner kann den Gläubigern keinen Concurs aufnöthigen, wenn diese Verbesserung der Umstände erwarten wollen; am wenigsten wenn der Schuldner würklich solvent seyn sollte [1]). Die Gläubiger können auf den Concurs bestehen [2]); weil ein insolventer Schuldner in der That auf fremde Kosten zehrt und sich die Verwaltung eines zur Befriedigung der Gläubiger bestimmten Vermögens anmaaßt. Selbst ein Einziger kann den Concurs verlangen [3]), ohne daß der Widerspruch Anderer das einmal begründete Recht des Klägers, durch den Concurs zu dem Seinigen zu gelangen, irgend beschränken kann; letztere müßten denn die ganze Masse hinwegnehmen und die Verabfolgung der Güter verlangen [4]). Wer im Concurse offenbar nicht zur Perception gelangt, kann wegen Mangel des Interesse nicht eigentlich Eröffnung des Concurses fordern; aber wohl auf dem Wege der gewöhnlichen Rechtsverfolgung fortfahren, und dadurch Andere zur Erhaltung ihres Rechts nöthigen, dem Schuldner durch erregten Concurs die Güter zu nehmen. Muß der Gläubiger dem Schuldner die Competenz lassen, so ist darum der Antrag auf Eröffnung des Concurses nicht ausgeschlossen, weil sich noch nicht voraussehen läßt, was dem Schuldner als Competenz bleiben muß, und weil auch im Concurse für die Competenz ge-

1) Ludovici Cap. 1. §. 16.
2) Ludovici Cap. 1. §. 15.
3) arg. l. 12. pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)
4) Claproth Summ. Proc. §. 352. Danz Summ. Proc. §. 182.

sorgt werden kann. Auch ist die Reverenz, welche der Gläubiger dem Schuldner zu erweisen hat, nach den heutigen Concursverhältnissen wohl kein Grund mehr, den Antrag auf Eröffnung des Concurses zu versagen. Ist die Forderung noch nicht fällig, so ist mit der Klage auch der Antrag auf Concurs suspendirt, ausgenommen wenn einer der Fälle des Rechts auf Sicherstellung eintritt, indem dies Recht auch mit der nicht exigibelen Forderung verknüpft ist. Bloße Insolvenz ist nun kein Grund, die Sicherstellung zu fordern, und folglich auch nicht die durch Concurseröffnung, aber wohl 1) wenn der Schuldner durch seine Handlungsweise das Vermögen immer mehr verringert; 2) wenn andere Gläubiger ihre Ansprüche auf Kosten der übrigen zur Execution treiben; und in dem einen wie in dem anderen Falle nicht anderweitige Sicherheit geschafft werden kann [1]).

III. Anfangspunct des Concurses.

§. 26.

Von dem Anfange des Concurses hängen wichtige Folgen ab, daher die Bestimmung des eigentlichen Anfangs nicht ohne Interesse ist. Auf jeden Fall kann nur ein offenkundiger, seiner Auslegung nach gar nicht zweifelhafter, Thatumstand dafür gelten, da es durchaus eines festen Zeitmoments für den Anfang der Folgen des Concurses bedarf. Die bloße Insolvenz, welche bei manchem, nicht dafür geltenden, Schuldner vorhanden seyn kann, hat noch keine Folgen (§. 33.). Weiter kommt die

1) Die widersprechenden Bestimmungen des Römischen Rechts über die missio rei servandae causa bedingter Gläubiger in l. 6. pr. l. 14. §. 2. D. ex quib. caus. in poss. eat. (42.4.) Cujacius X. Obs. 32. Donellus comm. jur. civ. XXIII, 11. Marani Parat. ad P. XXXXII, 5 sind für den heutigen Concurs ohne Bedeutung.

Sache, wenn die Insolvenz offenkundig, bei Kaufleuten Börsenkundig wird, in welchem Falle der Offenkundigkeit man sie mit dem Namen des zwar in jedem Concurse enthaltenen, oft aber demselben voraufgehenden, Banquerotts, Fallissements, bezeichnet, wohin Flucht des Schuldners, bei Kaufleuten auch die Zurückweisung aller auf den Schuldner laufenden Wechsel gehört. Zwar kann der Concurs noch nicht als eröffnet gelten, so lange es noch an einem Factum fehlt, was, ähnlich der Römischen Immission oder Cession, die Gläubiger in unmittelbare Verbindung mit den Gütern bringt, aber schon nach gemeinem Rechte ist im Falle einer solchen Offenkundigkeit der Insolvenz bei Anstellung der Paulianischen Klage gegen spätere Dispositionen des Schuldners der Beweis des animus fraudandi creditores für erleichtert zu halten (§. 33.), und nach Particularrecht gilt schon häufig von diesem Augenblick Nichtigkeit der Dispositionen des Schuldners. Dagegen beginnt der Concurs, sobald der Richter den Gläubigern den Weg zu den Gütern öffnet. Dazu dient nun ohne Zweifel das decretum de aperiundo concursu; aber die Abgabe eines solchen Decrets war in älteren Zeiten unbekannt (§. 110.), auch kann dasselbe vergessen oder doch zu spät nachgeholt seyn; auch sind richterliche Handlungen, welche einen sicheren Schluß auf die Eröffnung des Concurses begründen, nach der Natur der Sache eben so würksam, als das gedachte Decret; daher enthalten die Erlassung einer Edictalladung, die Bestellung eines Güterpflegers, die Exmission des Schuldners, das Verbot der Veräußerung, die Inhibition der Execution gegen den Schuldner zum Besten der übrigen Gläubiger, u. s. w., stillschweigends das Eröffnungsdecret, so daß mit derjenigen dieser Handlungen, welche zuerst erfolgt, der Concurs als

eröffnet anzusehen ist. Auf diese Weise lassen sich die verschiedenen Meinungen über den Anfang des Concurses [1]), nach welchen die eine derselben auf diese, die andere auf jene Handlung sieht, sämmtlich vereinigen, indem jede dieser Meinungen etwas Wahres enthält, ohne darum die gleiche Wahrheit der anderen auszuschließen. Bloße provisorische Sicherungsmaaßregeln sind noch nicht Eröffnung des Concurses, denn der Concurs gehört zu den Arten der Execution, nicht der bloßen Sicherstellung; namentlich gilt dies von dem Arreste, wenn nicht grade nach dem Particularrecht die Anlegung eines Generalarrestes der eigentliche Eröffnungsact des Concurses ist. Einige der vorhin bemerkten Eröffnungsacte können schon vor dem Concurse provisorisch vorkommen, z. B. Verbot der Veräußerung, Sistirung der Execution zum Besten der übrigen Gläubiger, alsdann eröffnet die Verfügung nicht anders den Concurs, als wenn sie den Character einer definitiven an sich trägt. Auch ohne Concurrenz des Richters entsteht der Concurs durch die gerichtlich, oder auch außergerichtlich auf offenkundige Weise erfolgte Güterabtretung an die Gläubiger, zumal da das Gericht doch immer der Erklärung des Schuldners gemäß die Eröffnung des Concurses decretiren muß. Auch die auf offenkundige Weise erfolgte Erklärung des Schuldners, daß er insolvent sey, wenn sie ihrem ganzen Zweck nichts anderes als Güterabtretung seyn kann, ist Eröffnungsact des Concurses.

1) M. s. die versch. Mein. bei Walch de comp. credit. in conc. §. 9 seq. (Opusc. Tom. 3.) Dabelow S. 673 flg. Gönner §. 18—22.

IV. Formeller, materieller [1]), imminenter Concurs.

§. 27.

Erst gegen die Mitte des vorigen Jahrhunderts hat Schaumburg [2]) dem würklich eröffneten Concurse den Namen des formellen beigelegt und davon den materiellen und imminenten unterschieden, und hierin fast allgemeine Nachahmung gefunden. Im Ganzen kommen die Meinungen darauf hinaus, daß die Insufficienz des Vermögens, die Mehrheit der Gläubiger und das Andringen derselben den materiellen und imminenten Concurs begründen; hingegen giebt es kaum zwei Juristen, welche darüber einig sind, 1) ob alle diese Voraussetzungen, oder nur einzelne zusammenzutreffen brauchen; 2) wie das Verhältniß des materiellen und imminenten Concurses unter einander zu bestimmen sey; indem Einige annehmen, jeder materielle Concurs drohe den formellen und sey insofern imminent; Andere zwischen materiellem und imminentem Concurse der Stufenfolge nach unterscheiden, und entweder den imminenten Concurs zwischen den materiellen und formellen in die Mitte stellen, oder auch wohl umgekehrt den materiellen Concurs zwischen dem imminenten und formellen einschieben [3]). Wohl noch am wenigsten auf sich hat die Unschicklichkeit und der Verstoß gegen die Logik, etwas, was zum Concurse nur mit gehört, was nur dazu hinführen kann, schon den Concurs selbst zu nennen, weshalb man bei dieser Benennung nicht an den Concurs, sondern nur an die Materialien, Präliminarien des Concurses,

1) Ein eigenes schlechtes Buch über den materiellen Concurs ist Gmelin vom materiellen Concurse der Gläubiger. Erl. 1775.

2) Princ. prax. jurid. judic. II, 8. §. 1.

3) M. s. die verschied. Mein. über den mater. Concurs bei Dabelow S. 765 flg.; über den imminent. bei Dabelow S. 672 flg.

denken muß. Ein erheblicheres Bedenken entsteht durch die Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit des Ausdrucks, woraus grade die große Abweichung in den Begriffen der Rechtsgelehrten erwächst, und wodurch die Erreichung eines festen Resultats ganz gehindert wird. Die Hauptsache aber ist, daß die Rechtsquellen dem Zustande, welchen man den materiellen und imminenten Concurs nennt, insofern nicht provisorische Maaßregeln des Gerichts, welche aber besonders getroffen seyn müssen, in der Mitte liegen (§. 109.), keine Folgen beilegen, die Auszeichnung also ganz unnütz ist; ja sogar schädlich, weil sie die unmerkliche Veranlassung wird, Folgen des wahren Concurses schon der Einleitung dazu beizulegen. Es ist daher dringend nöthig, die ganze Eintheilung aus dem Gebiete der Rechtswissenschaft wieder zu verbannen [1].

V. Rechtswohlthat der Güterabtretung [2].

§. 28.

Die Cession (§. 3.) öffnet nicht blos den Gläubigern den Weg zu den Gütern, sondern dient auch dem Schuldner zur Gewinnung einiger Vortheile. Sie hat zu diesem Zwecke keine weiteren Erfordernisse, als die allgemeinen (§. 3.). Die Wohlthat steht auch demjenigen zu, welcher nichts abzutreten hat; und ist selbst bei Hauskindern ausdrücklich anerkannt [3]. Auch ist sie vor und nach Eröffnung des Concurses zulässig, wiewohl das Interesse des Schuldners es fordert, sie möglichst zu beeilen, um für die Vortheile hinsichtlich der nach der Cession neu erworbenen Güter einen früheren Anfangspunct zu gewinnen. Eben so wenig ist dabei nach gemeinem Rechte die Beobachtung irgend einer Form nothwendig. Die einzelnen Vortheile der

1) Gönner. §. 16. 17.
2) Ueberh. Dabelow S. 111 flg.
3) l. 7. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.)

Rechtswohlthat lassen sich am besten mit den Rechtssätzen verbinden, welche dadurch modificirt werden (§. 10. 30. 53. 87.). Sämmtliche Vortheile soll der Schuldner auch haben gegen alios, quam quibus cessit [1]), also ohne Zweifel gegen Gläubiger, welche die Cession nicht annehmen, oder sich im Concurse nicht melden, denn der Schuldner hat auch gegen diese das Seinige gethan. Einige lassen die Vortheile sogar gegen künftige Gläubiger gelten [2]); allein diese konnten durch die Cession nichts gewinnen, also billig auch nicht verlieren; auch würde die Befreiung gegen künftige Gläubiger alle Geschäfte mit dem Cedenten unmöglich machen; die Worte gehen also vernünftigerweise nur auf schon jetzt vorhandene Gläubiger, welche dissentiren oder abwesend sind [3]). Die Wohlthat der Güterabtretung steht nur schuldlosen Debitoren zu, wofür aus dem Römischen Rechte schon die allgemeine Regel aller Rechtswohlthaten spricht [4]), und aus den Reichsgesetzen eine ausdrückliche Vorschrift [5]); die Wohlthat fällt also weg 1) gegen Delictsschulden [6]), 2) wenn der Schuldner den Gläubiger böslicherweise zum Creditiren verleitete, 3) wenn er sein Vermögen verschwendete, 4) wenn er die Gläubiger durch Liberalitäten gegen Dritte absichtlich verkürzte. Erschwerung der Rechtsverfolgung von Seiten der Gläubiger durch Abläugnung der Schuld, Vorschiebung Dritter, Verheimlichung der Güter, Angabe eines falschen status bonorum, sind nach gemeinem Recht wohl kein Grund, die Wohlthat zu entziehen, wenigstens nicht, wenn der Schuldner seinen

1) l. 4. §. 1. D. de cess. bon. (42. 3.)

2) Giphanius de ord. jud. Tract. I. cap. 27. Thibaut Civ. Abh. I, 16. S. 349 flg.

3) Voet ad Pand. 42. 3. §. 3.

4) Mein Röm. Privatr. I. §. 5. a. No. 2.

5) R. P. O. v. 1577. Tit. 23. §. 2.

6) Voet l. c. §. 5.

Zweck nicht erreicht. Die angeführten Ausschließungsgründe müssen vom Gläubiger erwiesen werden, schon wegen der Vermuthung für die Schuldlosigkeit; insofern aber der Schuldner überhaupt verpflichtet ist, den Gläubigern Auskunft und Rechenschaft über seine Vermögensverwaltung zu geben (§. 30. No. 2.), können sich die Gläubiger auf diesem Wege ihres Beweises oft überheben [1]). Die Verzichtleistung hebt die Vermögensvortheile [2]), aber nicht die persönlichen auf, z. B. nicht die Befreiung vom Schuldgefängniß [3]), weil man den Rechten in Rücksicht der Person nichts vergeben kann [4]). Dem Erben und Bürgen kommt nur die eigene Cession, nicht die des Erblassers und Hauptschuldners zu Gute [5]). Einige halten die Cession unzulässig, wenn der Schuldner früher ein Moratorium erlangt habe [6]), weil das Römische Recht beider nur alternativ gedenke [7]); allein dies kann sehr gut daraus erklärt werden, daß Moratorium und Cession nicht gleichzeitig neben einander vorkommen können, und muß es, da sich für die Ausschließung einer successiven Anwendung gar kein Grund angeben läßt [8]). Entsteht zwischen Gläubigern und dem Schuldner ein Streit über die Zulässigkeit der Cession, so muß derselbe von dem Gericht entschieden werden; weil aber die Cession des Schuldners nur eine einfache, außergerichtliche, Erklärung fordert (§. 3.), so hat die künftige Entscheidung für die Zulässigkeit der Cession stets rückwürkende Kraft.

1) Hierauf ist zu beschränken die etwas zu weit ausgedehnte Behauptung von Voet l. c. Leyser Sp. 474. med. 8. Dabelow S. 559 flg.

2) Walch Contr. jur. IV, 3. membr. 1. §. 3.

3) Voet l. c. §. 3.

4) Mein Röm. Privatr. I. §. 58.

5) §. 4. J. de replic. (4.14.) Voet l. c. §. 4.

6) J. H. Boehmer de litt. resp. II, 19. Walch contr. jur. IV. 3. membr. 1. §. 5.

7) l. 8. C. qui bon. ced. poss.

8) Voet l. c. §. 3.

Fünftes Hauptstück.

Von den Würkungen des Concurses.

§. 29.

Ist der Concurs eröffnet, so kommen nunmehr dessen Würkungen in Betracht; wobei es sich von selbst versteht, daß alles, was die Römer als Folge der Immission und Cession aufstellen, insoweit es noch Anwendung leidet, in Deutschland an den Concurs zu knüpfen ist. Am natürlichsten unterscheidet man wohl die Würkungen in Bezug auf die Person des Schuldners, seine Dispositionen, sein Vermögen, und die Ansprüche, welche gegen ihn erhoben werden.

Erster Abschnitt.

Von den Folgen für die Person.

§. 30.

Für die Person des Schuldners, welcher nach Eröffnung des Concurses Gemeinschuldner, Cridar, Gantmann heißt, hat der Concurs, außer den gleich nachher zu erörternden Nachtheilen in Rücksicht seiner Disposition und seines Vermögens, folgende blos persönliche: 1) muß er bis zu ausgemachter Sache an Ort und Stelle bleiben, und kann dieser Verbindlichkeit wegen der Anwendung des Arrestes, versteht sich immer nur mittelst des Civilgefängnisses, unterworfen werden, sobald er Anstalten

zur Flucht macht. Ist er würklich entflohen, so ist die Verfolgung durch Steckbriefe unbedenklich [1]), denn wenn diese auch nicht in anderen Fällen, wo der Schuldner einem gegen ihn beabsichtigten Arrest durch Flucht entgeht, begründet ist, so tritt doch hier eine Verbindlichkeit des Bleibens ein. Dem entflohenen Schuldner wird auch wohl sicheres Geleit, d. h. Befreiung vom Arrest, im Falle freiwilliger Rückkehr zugesagt, wenn an seiner Gegenwart sehr gelegen, und eine würksame Verfolgung nicht zu hoffen ist; er bleibt alsdann auf freiem Fuß, wenn er nicht Anstalten zu einer neuen Entweichung macht [2]); ja er kann sich ganz frei wieder wegbegeben, wenn das sichere Geleit nur auf kurze Zeit zum Unterhandeln verwilligt ist. 2) Dürfen die Creditoren von dem Cridar Auskunft über seine Vermögensverhältnisse verlangen, besonders durch Vorlegung des status activus, sowie auch des passivus; imgleichen Rechenschaft über seine bisherige Handlungsweise; jedoch mit billiger Rücksicht darauf, daß der Schuldner früher den Fall der Nothwendigkeit der Rechenschaft nicht voraussah, weshalb er mit der Versicherung des Nichtwissens oder Vergessens zu hören ist, nur mit Ausnahme solcher Verhältnisse, in welchen die Führung ordentlicher Bücher Pflicht ist. 3) Darf die Criminalbehörde den Schuldner zur Untersuchung ziehen, und den muthwilligen Banquerott, die betrügliche Wegschaffung des Vermögens, die Deckung der Verlegenheit durch Hülfe von Fälschungen, u. s. w. mit körperlichen Strafen belegen [3]); Kenntniß des Schuldners von seiner Insolvenz und Verschiebung der Insolvenzerklärung ist, abgesehen von entgegengesetzten Parti-

1) Claproth §. 297.

2) Quistorp's Rechtl. Bem. 23. §. 2.

3) R. P. O. v. 1577. Tit. I, 39.

culargesetzen, wohl nicht strafbar, indem der Schuldner so leicht der Hoffnung lebt, seinen Zustand verbessern zu können, und dies nicht selten bewürkt. 4) Was die Ehre des Schuldners betrifft, so führte im Römischen Concurse die venditio bonorum die Infamie mit sich [1]), den Fall der Güterabtretung ausgenommen [2]); seitdem aber die venditio bonorum wegfiel, konnte schon nach Römischem Rechte die Infamie nur Folge eines mit dem Concurse zusammentreffenden Delicts seyn. Dies ist um so mehr jetzt der Fall, da die Reichsgesetze mit einem schuldlosen Falliten Mitleiden gebieten [3]). Die infamia facti des Schuldners wegen unverantwortlicher Handlungen ist freilich von der infamia juris unabhängig [4]). Der öffentlichen Aemter, der Theilnahme an Zünften und Gilden wird der Schuldner des bloßen Concurses wegen nach gemeinem Rechte nicht verlustig [5]); die Vormundschaft hört nicht eher auf, als bis die Obrigkeit dieselbe dem Schuldner abnimmt; auch leidet die Beweiskraft der Handelsbücher nicht, selbst nicht zum Vortheil der Masse, also noch weniger zu ihrem Nachtheil, denn ein Fallit ist blos als solcher des Betrugs noch nicht überwiesen, oder verdächtig [6]). 5) Im Ganzen ist der Schuldner nach Ausbruch des Concurses als Armer anzusehen [7]); er wird frei von Verbindlichkeiten, welche nur einen wohlhabenden Schuldner treffen, wie z. B. gesetzliche Alimentations- und Dotationspflicht, die Justiz

1) §. 1. J. quib. man. non lic. (1. 6.)

2) l. 11. C. ex quib. caus. inf. irr. (2 12.) Cujacii Parat ad P. XXXXII, 3. Contii lect. subs. II, 18.

3) R. P. O. a. a. O.

4) Mevii Dec. I, 112. 8. IV, 370. 15. Leyser Sp. 478. med. 2.

5) Böhmer's Rechtsf. I, 25.

6) Runde's Deutsch. Privatr. §. 462. Eichhorn §. 383.

7) Salgado de Somoza pte. 1. c. 44.

wird unentgeltlich gewährt, und die Proceßcaution ist nur noch eine juratorische.

Zweiter Abschnitt.

Von den Dispositionen des Schuldners.

I. Verlust der Dispositionsfähigkeit.

§. 31.

Die dem Schuldner früher zuständig gewesene Dispositionsfähigkeit bleibt demselben auch nach der Römischen Immission und Cession, weil weder das aus jener abfließende Pfandrecht der Gläubiger, noch das in dieser enthaltene Versprechen, den Creditoren die Disposition zu überlassen, die Alienationen des Schuldners weiter ungültig machen, als dies jedes andere Pfandrecht und jedes andere pactum des Schuldners bewürkt; so daß eine Impugnation nur mittelst der Paulianischen-, und nicht mittelst einer Nichtigkeitsklage möglich war [1]); und selbst die Protestation der Gläubiger gegen den Erwerber, welche nach der Immission und Cession wohl häufiger vorkommen mochte, als vorher, nur eine Befreiung von dem Beweise der conscientia fraudis des Erwerbers bewürkte [2]). Die Dispositionsfähigkeit des Schuldners hörte also erst auf, wenn der Verkauf der Güter durch die Gläubiger dem Schuldner das Eigenthum genommen hatte, wodurch die Disposition des Schuldners als die eines Nichteigenthümers dargestellt wurde. Bei uns verliert der Schuldner die Dispositionsfähigkeit oft schon vor dem Concurse durch Arreste, Veräußerungs- und Zahlungsverbote, und es gilt dann nicht blos die Paulianische-, sondern auch die Nichtig-

1) l. 9. D. quae in fraud. cred. (42. 8.) 2) l. 10. §. 3. D. eod.

keitsklage, nicht nur wenn das Hinderniß dem Erwerber bekannt war, sondern auch außerdem, weil der Schuldner durch das Verbot die Dispositionsfähigkeit verliert, und ohne diese kein Erwerb von Seiten eines Anderen denkbar ist; auch der unverschuldete Verlust des Erwerbers kein Gegengrund ist, da ein solcher Verlust sich auch in so vielen anderen Fällen einer nicht bekannten Dispositionsunfähigkeit findet [1]. Jedenfalls geht die Dispositionsbefugniß mit der Eröffnung des Concurses verloren; indem die beabsichtigte Sicherstellung sämmtlicher Interessenten keine störende Einmischung des Schuldners verträgt, und insofern wenigstens das in der Concurseröffnung enthaltene stillschweigende Veräußerungsverbot jede Dispositionsfähigkeit aufhebt, wie nicht nur alle Schriftsteller über den Concurs annehmen [2], sondern auch der damit übereinstimmende Gerichtsgebrauch es unbezweifelt festgestellt hat, auch alle neueren Gesetzgebungen, insofern sie eine Vorschrift hierüber nöthig halten, übereinstimmend verordnen. Soll gegen den Schuldner eine Befreiung durch Zahlung an ihn, durch Compensation gegen ihn, nicht durch eine Remission, welche er ertheilt, erworben werden, so wird freilich dieser Erwerb nicht durch richterliche Verbote an den Schuldner, auch nicht durch bloße Concurseröffnung, sondern erst durch Bekanntschaft des Dritten mit dem Hinderniß ausgeschlossen [3]. Völlig frei bleibt dem Schuldner [4] 1) die Disposition über seine Per-

1) l. 19. pr. D. de R. J. l. 41. D. de reb. credit. (12. 1.) l. 7. D. de divort. (24. 2.) l. 4. pr. D. de manum. vind. (40. 2.) c. 9. de proc. in 6to. (1. 19.) Gönner §. 24. A. M. ist Grolman Theorie des gerichtl. Verf. §. 250 a. E.

2) Salgado de Somoza I, 14. no. 1—9. Hommel Rhaps. 539. no. 5. 6.

3) l. 41. D. de reb. cred. l. 12. §. 2. l. 18. l. 34. §. 3. l. 38. §. 1. l. 51. D. de solut. (46. 3.) l. 17. D. de trans. (2. 15.)

4) Götz Altdorf. Entscheid. No. 4.

son; 2) die zum Vortheile der Masse, für welche er unbedenklich erwerben kann; 3) die in Rücksicht solcher Güter, woran die Creditoren keine Rechte haben; 4) die zum Behuf einer Verpflichtung aus dem künftigen Gute. Gleiche Grundsätze, wie von dem Dispositionsrechte des Schuldners überhaupt, gelten auch von dessen Klagrechte und Rechte der Proceßführung. Eine Folge des Verlustes des Klagrechts ist übrigens die Sistirung der Verjährung gegen den Schuldner [1]); zwar haben die Gläubiger statt seiner das Klagrecht, aber doch nicht sowohl für ihn, wie in vormundschaftlichen Verhältnissen, als vielmehr für sich selbst.

II. Recht der Anfechtung der Dispositionen des Schuldners.

A. Aus der Person des Cridars.

§. 32.

Viel weiter als der Verlust der Dispositionsfähigkeit des Schuldners geht das Anfechtungsrecht seiner Dispositionen durch die Gläubiger. Ist schon der Cridar zum Widerrufe seiner Disposition berechtigt, so dürfen die Gläubiger aus dessen Person das Revocationsrecht ausüben; auch wenn der Schuldner die Absicht des Widerrufs nicht äußerte, indem der Eintritt der Gläubiger in alle Rechte auch den Eintritt in die Befugniß zur Erklärung dieser Absicht nach sich zieht [2]). Selbst die nicht vererblichen Revocationsrechte stehen den Gläubigern zu; der Schuldner muß aber noch leben, oder doch bei Lebzeiten die Absicht

1) Salgado de Somoza I, 40. no. 25 seq.

2) arg. l. 15. C. de n. n. pec. (4. 30.) A. M. ist Salgado de Somoza II, 19. no. 2. 34.

des Widerrufs erklärt haben, weil hier alles Recht der Gläubiger blos aus der Person des Schuldners abfließt [1]).

B. Aus der Person der Gläubiger.

§. 33.

Außer der Anfechtung aus der Person des Cridars haben die Gläubiger auch aus ihrer eigenen Person A) die Paulianische Klage [2]), wenn sie den animus fraudandi nachweisen, daß nämlich der Schuldner den Erwerber auf Kosten der Gläubiger begünstigen wollte, also nicht blos um seine Bedürfnisse zu bestreiten, oder um zudringliche Gläubiger zu befriedigen, unter dem Preise weggab. Zugleich bedarf es, außer dem Falle der Schenkung, der Mitwissenschaft des Erwerbers, welche aber im Falle einer von den Gläubigern an den Schuldner gerichteten Denunciation nicht weiter bewiesen zu werden braucht [3]). Einige vermuthen den animus fraudandi nach Eintritt der Insolvenz, oder, wie man sagt, des materiellen oder imminenten Concurses (§. 24.); allein keine Stelle ist dafür, und eben so wenig die Erfahrung, da es der Veräußerungsgründe viele geben kann, z. B. um sich auf andere Art zu versuchen [4]). Die Behauptung ist auch nur erfunden, um dem materiellen und imminenten Concurse doch wenigstens Eine Folge beizulegen. Eher läßt sich annehmen, daß wenn die Insolvenz bereits zum Banquerott, Fallissement, in dem Sinne §. 26. geworden ist, der Schuldner also wegen des verlorenen Credits schwerlich hoffen kann, vor

1) Glück's Pand. XXVI. §. 1256. S. 176.

2) Dabelow. S. 375—477. Mein Syst. des Röm. Privatr. §. 1002 flg.

3) l. 10. §. 3. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

4) Dabelow S. 410 flg. Hagemann's Pr. Erört. VIII, 84.

einem Arrangement mit seinen Gläubigern wieder zu Kräften zu kommen, der animus fraudandi zu vermuthen, oder doch der Beweis desselben sehr viel leichter sey. Ein dritter Besitzer kann mit der Klage belangt werden [1]), aber nur wenn er mala fide besitzt [2]). Der Anfangstermin der Klage tritt erst nach der Immission [3]), und nach der venditio bonorum ein [4]); in Deutschland gleich nach dem Concurse, sobald die Insufficienz der Masse gewiß ist, spätestens mit dem Distributionstermin; von hieran verjährt die Klage in Einem Jahre [5]), und nur in Rücksicht dessen, was der Beklagte in Händen hat, erst in 30 Jahren [6]). Ist es schon bis zum Verlust der Dispositionsfähigkeit des Schuldners gekommen, so gilt gegen fernerweite Verfügungen B) die Nichtigkeitsklage, welche viel vortheilhafter ist, als die Paulianische, indem 1) der animus fraudandi auf Seiten des Schuldners nicht erforderlich ist; 2) auf Mitwissenschaft des Erwerbers gar nichts ankommt; 3) die Klage gegen jeden dritten Besitzer geht; 4) dieselbe gleich nach der Veräußerung des Schuldners angestellt wird, und 30 Jahre dauert. C) Es bedarf wegen anderweitiger Sicherstellung weder der Paulianischen, noch der Nichtigkeitsklage: 1) wenn der Schuldner zu seinem Vortheil etwas blos auf die Seite gebracht hat, indem das Weggeschaffte schon von selbst Theil des Vermögens bleibt. 2) Bei allen letztwilligen Verfügungen des Schuldners, weil diese immer nur insofern gelten, als nach Abzug der Schulden etwas übrig bleibt [7]), so daß

1) §. 6. J. de action. (4.6.) Dabelow S. 390 flg.

2) l. 9. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

3) §. 6. J. de action.

4) l. 6. §. 14. l. 10. §. 1. 18. D. quae in fraud. cred.

5) l. 1. pr. D. eod.

6) l. 10. §. 24. D. eod.

7) l. 15. C. de legat. (6. 37.)

selbst chirographarische Gläubiger durch keine fideicommissarische Anordnung ihres Schuldners [1]), und durch keine im letzten Willen bestellten Pfandrechte beschränkt werden [2]). 3) Bei der Schenkung aller Güter, indem dabei wenigstens nach der einen Stelle immer nur geschenkt ist, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt [3]); während freilich eine andere Stelle von der für die Gläubiger viel unvortheilhafteren Paulianischen Klage spricht; diese aber doch ohne das Daseyn einer böslichen Absicht des Schuldners zuläßt [4]), ohne freilich die übrigen Beschränkungen, z. B. daß ein dritter b. f. possessor nicht belangt werden kann, ebenfalls aufzuheben.

III. Dispositionen, welche durch den Concurs ihre Endschaft erreichen.

§. 34.

Es giebt Dispositionen, welche durch die Römische Immission und Cession und durch den heutigen Concurs sowohl für den Cridar, als für die Creditoren, sich für die Zukunft von selbst auflösen, und erst einer Erneuerung bedürfen, um noch weiter gelten zu können; dahin gehören: 1) Mandate, welche der Schuldner empfing, so daß wegen der wesentlichen Veränderung in der Person des Schuldners weder dieser noch die Creditoren sie weiter ausführen dürfen [5]); und eben so Mandate, welche derselbe ertheilte, so daß der Mandatar sie weder für den Cri-

1) l. 114. §. 14. D. de legat. 1. l. 1. C. debit. vend. pign imp. n. posse. (8. 29.)

2) l. 22. §. 5. C. de jure delib. (6. 30.)

3) l. 72. pr. D. de jure dot. (23. 3.) Kind Quaest. for. IV, 34.

4) l. 17. §. 1. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

5) arg. l. 38. pr. D. de solut. (46. 3.)

dar, noch für die Creditoren weiter zu vollziehen hat, ganz aus dem nämlichen Grunde, wozu im heutigen Concurse auch noch der Verlust der Dispositionsfähigkeit des Schuldners kommt, welcher auch einen Verlust der Dispositionsfähigkeit des Procurators nach sich zieht [1]; 2) von dem Schuldner eingegangene societates bonorum, aus welchen weder der Cridar noch die Creditoren für die Zukunft Rechte und Verbindlichkeiten haben [2]; 3) vom Schuldner abgeschlossene Compromisse, so daß der spätere compromissarische Ausspruch den Schuldner und die Creditoren weder berechtigt, noch verpflichtet [3].

Dritter Abschnitt.

Von dem Vermögen des Schuldners.

I. Allgemeine Angabe dessen, was zur Masse gehört.

§. 35.

Aus dem Vermögen des Schuldners wird zur Befriedigung der Gläubiger ein Ganzes gebildet, unter dem Namen der Concursmasse, auch des Activzustandes des Cridars. 1) Was schon bei Eröffnung des Concurses vorhanden ist, gehört ganz unbestritten dazu. Zugleich ist als ein gleich anfangs vorhandenes Gut anzusehen: a) was der Cridar mit einem dies zu fordern hat, b) was ihm bedingt zusteht, c) was in Folge eines gegenwärtigen Rechts erst nach und nach eingeht, z. B. Revenüen des ususfructus, nach und nach eingehende Renten [4].

1) Salgado de Somoza I, 28.

2) l. 65. §. 1. D. pro socio. (17. 2.)

3) l. 17. pr. D. de recept. (4. 8.)

4) Voet ad Pand. XXXXII, 3, 5 Gönner §. 11.

Auf alle diese Gegenstände haben die Gläubiger ein unbeschränktes Recht, selbst wenn die Gegenstände erst nach Beendigung des Concurses erhoben, ja sogar erst entdeckt werden. 2) Auch was bis zur Beendigung des Concurses später hinzukommt, ist der richtigen Meinung nach Theil der Masse [1]), denn der fortwährende Concurs zieht auch fortwährend an sich; auch ist dafür die Analogie des Römischen Rechts, welches nicht auf die Zeit der Immission und Cession, sondern der venditio bonorum, mithin auf das Ende, sieht [2]); so wie ebenfalls die Praxis dieser Absonderung nicht günstig ist. Wenn Einige [3]) die Cession auf das gleich anfangs vorhandene Vermögen beschränken, so ist dazu im Römischen Rechte so wenig Grund, daß nach dessen Grundsätzen die Cession den Gläubigern eher mehre als wenigere Befriedigungsrechte giebt, als die Immission. Den Einfluß des hier angenommenen Umfangs der Masse auf die von dem Concurse ausgeschlossenen Gläubiger unten §. 53. No. 4.; und auf die Competenz des Schuldners aus dem neuen Erwerb unten §. 87. 3) Was erst nach Beendigung des Concurses erworben wird, ist nicht Theil der Masse; und wenn gleich auf den neuen Erwerb ein Nachforderungsrecht gegründet werden kann, dürfen doch die Gläubiger des ersten Concurses nicht schon jetzt mit Ausschluß künftiger Gläubiger darüber verfügen.

II. Aufzählung des Einzelnen.

§. 36.

Die einzelnen Gegenstände, welche zur Masse gehören, sind: 1) alle eigenthümlichen Vermögensstücke

1) Gönner §. 11.

2) l. 4. D. de curat. bonis dando (42. 7.) l. 40. D. de operis lib. (38. 1.)

3) z. B. Dabelow S. 537 flg.

des Cridars. Sind sie unveräußerlich zum Besten des Schuldners, z. B. Güter der Minorennen, so gehören sie dennoch zur Masse, denn alle Veräußerungsverbote fallen weg, wenn ein Anderer das Recht auf Veräußerung hat [1]. Daher gilt auch der Verkauf von Gütern der Communen, obgleich der Staat denselben nicht leicht zugiebt, und nur den successiven Abtrag aus den Revenüen erlaubt [2]. Von unveräußerlichen Gütern zum Besten Dritter, wie Lehn- und Fideicommißgütern, gehört die Substanz nicht zur Masse, aber wohl die Revenüe, auch über die Dauer des Concurses hinaus, für die ganze Lebzeit des Schuldners; jedoch bei Lehngütern wegen der zu leistenden Lehndienste nach Abzug des Lebensunterhaltes, was man auch auf die Fideicommißgüter auszudehnen pflegt [3]; und überhaupt mit der Beschränkung, wenn nicht der Stifter auch die Revenüen den Creditoren entzogen hat, was man Fideicommiß der Früchte nennt. Stamm- und Erbgüter dürfen im Falle der Noth, also auch der Schulden wegen, veräußert werden [4], insofern jene nicht, wie gewöhnlich, in wahre Fideicommißgüter übergegangen sind [5]. An litigiösen Gegenständen kann zwar von den Gläubigern der Proceß fortgesetzt werden, da sie blos Repräsentanten des Cridars sind; eine Veräußerung durch die Creditoren gilt aber eigentlich eben so wenig, als durch den Cridar. Güter, welche dem Schuldner nur temporair gehören, gehen nur bis zur Erlöschung des Rechts in die Masse über [6]; und Güter, welche mit Rechten Dritter beschwert sind, blos

1) Mein Röm. Privatr. II. §. 226. a.

2) Dabelow S. 509.

3) Hagemann's Pr. Erört. VI, 5.

4) Eichhorn's Deutsch. Privatr. §. 365.

5) Eichhorn §. 366.

6) l. 69. §. 1. D. de leg. 2. (31.)

mit Fortdauer dieser Rechte [1]. Realgerechtigkeiten, welche den Gütern des Cridars zustehen, werden immer auf den Käufer übertragen; allein auch während des Concurses steht, sobald sie pecuniären Vortheil abwerfen, den Gläubigern die Ausübung zu; dasselbe gilt auch von dem, dem Cridar niemals verbleibenden, Ehrenrechte des Patronats [2], obgleich Landesgesetze bei diesem Rechte, wie bei der Gutsgerichtsbarkeit, die Ausübung während des Concurses nicht selten suspendiren und den landesherrlichen Behörden beilegen. 2) Alle, außer dem Eigenthum, zum Vermögen des Cridars gehörigen Gegenstände, namentlich: a) das ihm zustehende Emphyteutrecht, welches nicht blos bei Lebzeiten des Schuldners für die Masse benutzt [3], sondern wenn nicht die Unveräußerlichkeit festgesetzt [4], und nicht die Vererbung an gewisse Personen zum voraus bestimmt ist [5], für Rechnung der Gläubiger verkauft werden kann [6]; nur muß der Emphyteutherr, wie außer dem Concurse, zur Ausübung des Vorkaufsrechtes gelassen werden [7], die Einsetzung des neuen Emphyteuta besorgen [8], und die quinquagesima emphyteuticaria empfangen [9]; b) der dem Cridar

1) Gmelin Ordn. d. Gläub. im Gantpr. Cap. 1. §. 4.

2) Nach Analogie des Rechts des Pfandinhabers in c. 7. X. de jure patron. (3. 38.) Für die Fortdauer des Rechts des Schuldners scheint c. 18. X. de sent. et re jud. (3. 27.); die Stelle geht aber auf einen besonderen Vorbehalt bei der Verpfändung, denn es wird für den Schuldner nur auf geführten Beweis erkannt, welcher bei dem gesetzlichen Fortbestand undenkbar wäre: auch haben mehre Manuscripte die Worte: expressim retento et recepto sibi jure patronatus. J. H. Boehmer J. E. P. III, 38, 2. Pufendorf Obs. IV, 229. A. M. ist Püttmann de reb. per bon. cess. ad credit. haud trans. (Advers. jur. I, 13.)

3) Salgado de Somoza III, 3. no. 47—52.

4) Salgado de Somoza l. c. no. 45. 46.

5) Salgado de Somoza l. c. no. 33—44.

6) Salgado de Somoza l. c. no. 1—33.

7) Salgado de Somoza l. c. no. 22—24.

8) A. M. ist Salgado de Somoza l. c. no. 21. 25.

9) Glück's Pand. VIII. §. 614. S. 512 flg.

zustehende Nießbrauch[1]), zwar über die Dauer des Concurses hinaus, aber doch nur in Rücksicht der Benutzung und nur für die Lebzeit; c) seine sämmtlichen Einkünfte[2]), namentlich alle Renten, und zwar Erbrenten für immer, Leibrenten für die Lebzeit; d) seine ausstehenden Gelder[3]); e) sämmtliche zur Vergrößerung des Vermögens führenden Klagrechte[4]), z. B. Rescission einer gegen den Schuldner eingetretenen Usucapion aus dem Grunde der Abwesenheit; und zwar, wenn der Concurs bei Lebzeiten des Schuldners eröffnet wird, selbst solche, welche nicht auf Erben übergehen, z. B. actio injuriarum aestimatoria wegen einer dem Schuldner widerfahrenen Beleidigung. Hat der Schuldner einen der angeführten Gegenstände in Gemeinschaft mit einem Anderen, so ist es der Antheil des Schuldners, welcher zur Masse gehört.

III. Ausgenommene Gegenstände.

A. Wegen des eigenen Willens der Gläubiger[5]).

§. 37.

Die Creditoren können einzelne Güter ausscheiden (ausgelassene Güter), weil Niemand gezwungen wird, etwas anzunehmen. Geschehen kann die Ausscheidung aus Liberalität gegen den Schuldner, oder weil die Gläubiger keinen Vortheil davon erwarten; nur daß in diesem Falle zusammengehörige Güter ganz ausgeschieden werden müssen. Eine stillschweigende Ausscheidung liegt in der Uebergehung bei der Distribution[6]). Ein den Gläubigern bisher nube-

1) l. 8. pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)
2) c. 2. X. de fidej. (3. 22.)
3) l. 15. §. 8. D. de re jud. (42. 1.)
4) l. 49. D. de V. S. (50. 16.)
5) Dabelow S. 539 flg.
6) (v. Trützschler) Präclus. d. Gläub. II, 2. §. 50.

kannt gebliebener, später entdeckter, Gegenstand kann, wenn dieselben nicht unbestimmt und allgemein auf alles Uebrige verzichteten, nicht als ausgeschieden gelten, und darf selbst nach beendigtem Concurse als Theil der früheren Masse immer noch herbeigezogen werden.

B. Wegen Beschaffenheit des Gegenstandes.

§. 38.

Auch ohne Rücksicht auf den Willen der Gläubiger sind wegen Beschaffenheit des Gegenstandes von der Masse ausgenommen: 1) alle dem Cridar blos angebotenen Erwerbungen [1]), denn da deren Ausschlagung nicht als Veräußerung gilt [2]), so können die Creditoren weder eine erfolgte Repudiation rückgängig machen, noch die bevorstehende verhindern [3]). Der bereits eröffnete Concurs ändert hieran gar nichts, denn er bewürkt nur eine andere Art der Befriedigung der Gläubiger, ohne den Umfang der verhafteten Güter zu vergrößern [4]). Unbillig ist diese Beschränkung des Rechts der Gläubiger allerdings; daher auch Einige den Recurs an den Regenten empfehlen [5]), welcher aber nach der Repudiation offenbar unzulässig ist, weil dann schon ein Anderer wohlerworbene Rechte erlangt hat. Das Sicherste bleibt immer, daß die Creditoren den Cridar durch bewilligte Vortheile zur Annahme bewegen. Uebrigens ist es nicht Ausschlagung, sondern Annahme, wenn der Schuldner den angebotenen Erwerb einem Anderen

1) Salgado de Somoza II, 14. no. 1—28. Leyser Sp. 492. m. 1—4. Meister über Entsagung eines Verschuldeten. Frankf. a. d. Oder. 1811.

2) l. 28. pr. D. de V. S. (50. 16.) l. 6. pr. §. 1—5. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

3) Geiger's u. Glück's Rechtsf. III. No. 43.

4) Salgado de Somoza II, 14. no. 59—122. A. M. ist Dabelow S. 452 flg.

5) z. B. Claproth Summ. Proc. §. 316.

cedirt [1]), welchem kraft eigenen Rechts nichts zugefallen wäre [2]); oder wenn er der angeblichen Repudiation ungeachtet im fortwährenden Besitze bleibt [3]). 2) Alle von der Person des Cridars weder dem Rechte, noch der Ausübung nach trennbaren Gegenstände [4]), wie z. B. der Römische usus, manche Arten des Altentheils. 3) Alle dem Schuldner zu Theil gewordenen Ehrenzeichen [5]). 4) Die täglichen Kleider für den Cridar und dessen Familie, wenigstens nach dem Gerichtsgebrauche, denn ausdrückliche Stellen für diese Ausnahme fehlen [6]). 5) Wenn der verstorbene Cridar ein Amt besaß, welches mit einem Gnadenjahre verbunden ist, indem in Rücksicht dieses Emoluments die Wittwe und die Kinder vorgehen, was schon das Römische Recht in Rücksicht des casus militiae ordnet [7]), welcher noch weit weniger zur Unterstützung der Angehörigen bestimmt war, als das Gnadenjahr.

C. Wegen der Rechte Anderer [8]).

§. 39.

Aus Rücksicht auf das Recht Anderer können sich die Creditoren nicht zueignen: 1) alles, was dem Schuldner zu bestimmten, das Interesse des Gebers oder eines Dritten betreffenden, Zwecken überlassen ist [9]). 2) Die Besoldung, welche der Cridar vom Staate bezieht, ausgenommen insofern der Regent auf Ansuchen der Gläubiger

1) Salgado de Somoza II, 14. no. 29—44.

2) Salgado de Somoza II, 14. no. 45—58.

3) Salgado de Somoza II, 14. no. 123—132.

4) Püttmann de reb. per bon. cess. ad cred. haud trans. (Advers. I, 13. p. 206 seq.)

5) l. 29. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) Püttmann l. c. 3.

6) Dabelow S. 126 flg. A. M. ist Püttmann l. c. 1.

7) Nov. 53. c. 5. Cujacius ibid. Meine Römische Rechtsgesch. §. 200.

8) Dabelow S. 507 flg.

9) Dabelow S. 510 flg.

bestimmt, was dem Cridar unbeschadet des öffentlichen Interesse entzogen werden kann [1]). Nach Römischem Rechte wird die Besoldung freilich ohne Weiteres eingezogen [2]); allein der Römische Staatsdienst war ein anderer, als der heutige, und die Besoldung mehr Belohnung, als, wie es jetzt der Fall ist, eigentlicher Lebensunterhalt. Die Revenüen geistlicher Pfründen darf der Richter ohne eingeholten Consens des Oberen nach Abzug des nöthigen Unterhalts den Gläubigern zusprechen [3]). Privatpersonen brauchen den Gehalt ihrer Diener nicht an die Masse zu zahlen [4]). 3) Die dos, welche nach ihrem Zweck zur Bestreitung der ehelichen Lasten zu dienen, weder in Rücksicht der Substanz, noch der Revenüen, zur Masse gehören kann; die Frau hat sogar das Zurückforderungsrecht gleich mit Ausbruch des Concurses [5]). Daß es dem Manne nicht an sonstigen Mitteln zur ferneren Bestreitung der ehelichen Lasten fehlt, vermindert nicht das Recht der Frau [6]). 4) Das pec. militare des Hauskindes, weil alle Rechte beim Kinde sind. Auch der väterliche Nießbrauch an den Adventitien kommt nicht zur Masse, weil die Kinder interessirt sind, daß der Vater die Mittel zu ihrem Unterhalt und ihrer Erziehung behalte [7]). Das pec. profectitium gehört als Eigenthum des Vaters zur Masse, nur der Fiscus zieht dasselbe als Gläubiger nicht ein [8]). 5) Alle Güter, welche der Cridar als Vormund, Procurator, für Andere verwaltet; nament-

1) Leyser Sp. 476. med. 1—3. Püttmann l. c. 4. Hagemann's Pr. Erört. VII, 118.

2) l. 4. C. de exec. rei jud. (7. 53.)

3) cap. 2. X. de fidej. (3. 22.) J. H. Boehmer J. E. P. III, 21. §. 3—6. Leyser Sp. 476. med. 5. 6.

4) Leyser Sp. 476. med. 4.

5) l. 29. 30. C. de jure dot. (5. 12.) Püttmann l. c. 6.

6) Pufendorf Obs. I, 71.

7) Püttmann l. c. 5.

8) l. 3. §. 4. D. de minor. (4. 4.)

lich auch die in dieser Eigenschaft von ihm erworbenen Klagrechte, welche wegen der durch den Concurs herbeigeführten Schwierigkeit der Cession dem Principal schon von selbst als utiles actiones zustehen [1]). Da übrigens die angeführten Güter nicht des Cridars, sondern eines Dritten wegen, ausgeschieden bleiben, so kommt es eigentlich nur diesem zu, sich der Verbindung mit der Masse zu widersetzen [2]).

IV. Lasten der Masse.

A. Einzelne Lasten.

1. In Rücksicht des Cridars.

§. 40.

Auf der Masse ruhen mehre Lasten, vor deren Berichtigung die Austheilung an die Gläubiger nicht geschehen kann. Was zuvörderst die Lasten in Rücksicht des Cridars betrifft, so gehört dahin: 1) die Alimentation des Schuldners. Die lebenslängliche ist immer Ausnahme und kann nur vorkommen: a) wegen der Qualität der Güter, aus den Revenüen der Lehn- und Fideicommißgüter (§. 36.), und aus der Staatsbesoldung (§. 39.), ist aber hier eine standesmäßige, und gilt selbst bei verschuldetem Vermögensverfall, weil die Beschränkung mehr in dem Mangel des Rechts der Gläubiger, als in einer Begünstigung des Schuldners liegt; b) wegen der dem Schuldner in den vom Römischen Rechte bestimmten Fällen zustehenden Wohlthat der Competenz, deren sich der Schuldner, wie außer dem Concurse vor der Zahlung, so im Concurse vor Distribution der Masse, bedienen muß [3]), und die für

1) l. 5. D. de stip. praet. (46. 5.)

2) Dabelow S. 511 flg.

3) Dabelow S. 168 flg. S. 514 flg.

muthwillige Falliten ganz wegfällt [1]). Auch die Alimentation während der Dauer des Concurses ist nur Ausnahme für die ersten Tage nach Eröffnung des Concurses, ferner hinsichtlich der Wohnung im Hause, welche der Schuldner wegen der Nothwendigkeit eines Aufsehers gewöhnlich bis zum Verkaufe behält, endlich für den Fall, daß die Gläubiger den Schuldner nöthigen, an Ort und Stelle zu bleiben (§. 30.) [2]); und nur die Praxis einzelner Gerichte giebt die Alimente bis zum Ende des Concurses unbedingt. Findet die Wohlthat der Competenz blos gegen einzelne Gläubiger statt, so wird den übrigen die Forderung vollständig ausgezahlt, den Betheiligten aber pro rata abgezogen, was der Schuldner bedarf [3]). Es hängt übrigens von den Gläubigern ab, ob sie dem Cridar einen Abzug von der Masse verstatten, oder ihm unter Bestellung der nöthigen Sicherheit jährliche Alimente zahlen wollen [4]). 2) Die Beerdigung des Cridars, wenn derselbe bei Ausbruch des Concurses noch unbeerdigt ist, oder während der Dauer desselben verstirbt; beides nach der Regel: quilibet de suo funerandus, welcher sogar Pfandrechte weichen müssen [5]); und es ist ungegründet, wenn Einige die Armencommüne mit den Leichenkosten belästigen wollen [6]). Die Beerdigung erfolgt nur nothdürftig; daher auch Frau und Kinder keine Trauerkleider empfangen. Angehörige des Cridars werden nicht von der Masse beerdigt. 3) Bei Concursen der Commünen wegen der durch den Gerichtsgebrauch denselben verliehenen Wohlthat der Competenz, was zur Erhaltung

1) Wernher Obs. VIII, 479.

2) Dabelow S. 652 flg.

3) Dabelow S. 172. S. 513.

4) Dabelow S. 512 flg.

5) l. 14. §. 1. l. 16. D. de relig. (11. 7.)

6) Dabelow S. 186 flg. A. M. ist Stryk U. M. P. XI, 7. §. 55.

des gemeinen Wesens erforderlich ist [1]), z. B. Besoldung der Beamten, Reparaturen; neue Anlagen müssen freilich unterbleiben.

2. In Rücksicht anderer Berechtigten.

§. 41.

In Rücksicht anderer Berechtigten sind noch als Lasten der Masse anzusehen: 1) die auf den Grundstücken der Masse haftenden Realprästationen bis dahin, daß es zum Verkaufe kommt und der Käufer in die Lasten eintritt, namentlich: a) die onera publica an den Staat, und zwar diese auch aus der Zeit vor dem Concurse, weil sich der Staat wegen jedes Rückstandes an das Grundstück selbst hält [2]). b) Der Canon von der Emphyteuse und Superficies, ebenfalls in seinen Rückständen aus der früheren Zeit, weil sonst der Herr das Privationsrecht ausübt und das Gut der Masse ganz entzieht [3]). Kommt es den Creditoren nicht auf Erhaltung für die Masse an, oder hat der Herr kein Privationsrecht, so genießt der Rückstand des Canons aus der früheren Zeit nur einen Platz in der 5ten Classe, insofern nicht das auch hier anwendbare Pfandrecht des Verpachters an den Früchten eine bessere Stelle begründet [4]). Die rückständige quinquagesima emphyteuticaria hat immer nur einen Platz in der 5ten Classe [5]). Die Grundsätze des Canons bei der Emphyteuse gelten auch von

1) Salgado de Somoza I, 24. no. 30. 31. Wernher Obs. VII, 85. J. H. Boehmer J. E. P. III, 16, 50. Dabelow S. 509.

2) l. 7. pr. D. de public. (39. 4.) l. 36. D. de jure fisci. (49. 14.)

3) l. 15. D. qui pot. in pign. (20. 4.) l. 31. D. de pign. (20. 1.) l. 17. D. de pign. act. (13. 7.)

4) Ohne allen Grund sind für die Stellung in die erste Classe: Walch cont. jur. Sect. 4. cap. 3. membr. 2. subs. 2. §. 11. 12. Dabelow S. 607 flg.

5) Gottschalk Disc. for. I, 16.

den Zinsrückständen bei Deutschen Bauergütern, sofern die Nichtentrichtung ein Entsetzungsrecht giebt, denn sonst gehören die Zinsrückstände in die 5te Classe [1]. c) Alle sonstigen Reallasten und Grundrenten, aber nur seit dem Concurse, indem sich die früher fälligen, nach der allgemeinen Regel der Reallasten in eine persönliche Schuld des Besitzers verwandeln, und in der 5ten Classe stehen [2], wenn nicht eine bestellte Hypothek ein besseres Recht herbeiführt. Nicht Masseschuld ist, was der Cridar von seiner Person entrichtet, z. B. Rang- und Gewerbsteuer; obgleich daraus für den Staat eine privilegirte Concursforderung entsteht. 2) Der von einzelnen Objecten der Masse zu prästirende Schadensersatz, insofern er der Sache selbst anklebt und auf jeden Besitzer übergeht [3]. 3) Das Erbgeld, womit ein Erbe von dem gemeinschaftlichen Erbstücke abgefunden wird. Ist das Erbgeld das Römische, indem der Erbe seinen Erbtheil den Miterben vertragsmäßig absteht, so verliert der Erbe als Verkäufer das Eigenthum nicht anders, als wenn er das Erbgeld creditirt und kann außer diesem Falle als Vindicant auftreten. Nach gegebenem Credit ist er Concursgläubiger der 5ten Classe, wenn er sich nicht durch Eigenthumsvorbehalt und Hypotheken ein besseres Recht verschafft [4]. Ist das Erbgeld das Deutsche, wenn nämlich nach der Deutschen Erbfolge Grundstücke ausschließlich an den Einen fallen gegen ein gesetzliches Erbgeld der übrigen, so behandelt der Gerichtsgebrauch das Erbgeld als eine auf dem Grundstücke haftende Schuld, als eine

1) Runde's Deutsches Privatr. §. 514. 515. Eichhorn §. 164.

2) Zu weit geht Mevius Dec. IV, 403.

3) Beispiele liefern: l. 1. §. 17. D. si quadr. paup. fec. (9. 1.) l. 24. §. 1. D. de damno inf. (39. 2.)

4) Pufendorf Obs. I, 103. Dabelow S. 609 flg.

Reallast, vor deren Berichtigung dasselbe gar nicht zur Befriedigung der Gläubiger des Besitzers dienen kann, ganz nach dem Gesichtspunkte einer Masseschuld [1]). Die älteren Juristen haben das Erbgeld oft in die 1ste Classe gesetzt, eine Stelle, welche zu keinem der angedeuteten Gesichtspunkte paßt.

B. Rechtsverhältniß der Masselasten.

§. 42.

Wer auf eine der angeführten Lasten Ansprüche gründet, gehört zu der Classe der **Massegläubiger** (§. 48.). Er geht den Concursgläubigern vor; doch brauchen diese den Mangel der Masse durch Zuschüsse aus dem Ihrigen nicht zu decken, weil sie nur aus dem Besitze ohne alles factum obligatorium haften; selbst die Ausscheidung der einzelnen Sache, worauf die Masselast haftet, macht die Concursgläubiger von allem Anspruch frei.

Vierter Abschnitt.

Von den Ansprüchen im Concurse.

§. 43.

Die **Berechtigten** im Concurse, als welche den **Passivzustand** des Cridars bilden, sind nach einer vollständigen Uebersicht: 1) die **Vindicanten**, welche ihr Eigenthum oder dingliches Recht an Objecten der Masse verfolgen; 2) die **Massegläubiger**, welche nicht grade ein dingliches Recht verfolgen, sich aber als creditores creditorum an die Gläubiger selbst halten; 3) die **Concursgläubiger**, welche blos aus dem Gesichtspunkt einer Schuld des Cridars aus der Masse Zahlung suchen. Die

1) Walch de priv. pecun. heredit. in conc. (Op. Tom. 3.)

Separatisten (§. 147.) können in dieser Reihenfolge nicht vorkommen, weil sie allen übrigen Berechtigten durch Veranlassung eines Particularconcurses vielmehr zur Seite stehen, als daß sie mit denselben ein stufenmäßiges Rangverhältniß haben.

Erste Abtheilung.

Von den Vindicanten [1]).

I. Vindicanten zum Zweck des Behaltens der Sache.

A. Angabe der Vindicanten.

§. 44.

Es giebt Vindicanten, in der Bedeutung, welche hier zum Grunde liegt, zum Zweck des Behaltens der Sache und zum Zweck einer bloßen Befriedigung daraus. Die Vindicanten zum Zweck des Behaltens lassen sich ohne Rücksicht auf eine zum Grunde liegende Obligation, und mit Rücksicht auf eine solche denken. A) Ohne Rücksicht auf eine zum Grunde liegende Obligation sind Vindicanten: 1) die eigentlichen Vindicanten, welche die Herausgabe mittelst der Eigenthumsklage verfolgen; 2) die Inhaber eines jus in re; nur daß, wenn sie die Sache nicht aus der Masse ziehen, wie z. B. der Inhaber einer Realservitut, Reallast u. s. w., sie weniger Vindicanten sind, als vielmehr nur mit ihren Rechten an den Käufer der Sache im Concurse verwiesen sind; 3) der Inhaber einer gegen die Masse gerichteten Erbschaftsklage; 4) der Inhaber eines remedium adipiscendae possessionis [2]), indem possessorische Rechtsmittel dieser Art als dingliche

1) M. s. hierüber, jedoch nicht ohne Critik, Gmelin's Ordn. d. Gläub. Cap. 1. Claproth §. 388.

2) Gönner §. 9.

Klagen anzusehen sind [1]; 5) der zur ad exhibendum actio Berechtigte. B) Mit Rücksicht auf eine concurrirende Obligation entstehen Vindicationsfälle: 1) wenn der Cridar die Sache eigenmächtig an sich brachte. 2) Wenn eigentlich nur eine Forderung zum Grunde liegt, dieselbe aber ausnahmsweise mit einer in rem actio verstärkt ist [2]. 3) Wenn der Cridar als Vormund oder Procurator eines Soldaten mit dem Gelde des Pfleglings oder Principals Sachen erwarb. 4) Wenn der Cridar die Sache aus einem Vertrage hat, welcher keinen Eigenthumsübergang bewürkt, wie Commodat, Depositum, Miethe, Trödelvertrag [3]. 5) Wenn der vorige Inhaber sich das Eigenthum reservirte. 6) Wenn der Cridar durch Betrug Uebertragung des Eigenthums bewürkte; denn obgleich der dolus gegen einen dritten Erwerber nicht verfolgt werden kann [4], so sind doch die Gläubiger keine Erwerber der Masse, und nur aus der Person des Cridars berechtigt, durch dessen Delict sie sich eben so wenig bereichern dürfen, als der Cridar selbst; daher auch die mehrsten Juristen die Verbindlichkeit der Herausgabe behaupten [5]. 7) Wenn ein Verkauf an den Cridar statt gefunden hat, und das Kaufgeld entweder gar nicht creditirt [6], oder der Credit in Folge eines Betrugs des Schuldners, z. B. Vorspiegelung nicht vorhandener Zahlungsmittel, Verheimlichung der mißlichen Lage, gegeben ist [7]. 8) Wenn eine Erlöschung des Eigen-

1) Mein Röm. Privatr. II. §. 223. a.

2) Mein jur. Mag. I, 2. S. 21 flg.

3) l. 5. §. 18. D. de trib. act. (14. 4.)

4) Mein Röm. Privatr. §. 1000.

5) Hommel Rhaps. obs. 689. Hach Pr. Beitr. V. Weber Beitr. zu Kl. und Einr. I. No. 8.

6) §. 41. J. de rer. div. (2. 1.) Dabelow S. 591.

7) Hommel l. c. Hach a. a. O. Weber a. a. O.

thums des Cridars ex tunc erfolgt [1]). 9) Wenn zwar die Erlöschung nur ex nunc geschieht, der Rückerwerber aber ausnahmsweise das Recht einer in rem actio hat [2]). Ist der Cridar würklich Eigenthümer geworden, und kein Grund das Eigenthum rückwärts aufzuheben, so ist der zur Zurückforderung berechtigte Kläger bloßer Concursgläubiger, z. B. bei dem mutuum, bei der Zurückforderung mittelst einer Condiction, bei der Anfechtung des Geschäfts wegen Verletzung über die Hälfte, bei dem Verkauf mit vorbehaltenem Rückkauf; selbst wenn sich die Sache noch in der Masse findet, denn nicht der bloße Besitz des Schuldners, sondern nur der Mangel des Eigenthums ist hier der Verpflichtungsgrund [3]); sogar das Versprechen des Schuldners, die Sache nicht zu veräußern, macht das bloße Creditum nicht zu einem Vindicationsanspruch, selbst nicht, wenn ein, im Concurse ohnehin sistirtes, Pfandrecht hinzukommt, sondern nur ein Versprechen, welches bei Uebertragung der Sache gemacht und mit einem bedungenen Rückfall der Sache verstärkt ist [4]). C) Sämmtliche Vindicationen gehen auf alles Vorhandene, die Hauptsache und die Früchte; aber nicht auf praestationes personales, wie die Klage gegen den fictus possessor, oder die auf consumirte oder versäumte Früchte; und ist hier die Klage nach dem wahren Verhältniß als Schuldklage in die 5te Classe zu setzen [5]); insofern nicht etwa nach dem Concurse die Gläubiger selbst aus ihrem Besitze haften und der Vindicant dadurch Masse=

1) Mein Röm. Privatr. II. §. 266. a.

2) z. B. l. 1. C. de donat., quae sub modo. (8. 55)

3) A. M. sind Walch contr. jur. sect. 4. c. 3. memb. 2. subs. 1. §. 1. Hach a. a. O. S. 123 flg.

4) Mein Röm. Privatr. II. §. 226. a.

5) l. 24. §. 2. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) Hach a. a. O. S. 121.

gläubiger wird. Einige [1]) halten sich auch in Rücksicht des Nichtvorhandenen buchstäblich an das im Römischen Rechte vorkommende Wort Vindication; allein der Name kommt nur daher, weil die Römer dies Verhältniß in Verbindung mit der Eigenthumsklage abhandeln, nach ihrer Methode jede neue Lehre möglichst einer alten verwandten anzuschließen, ohne darum das wahre Verhältniß irgend zerstören zu wollen [2]). D) Der Beweis muß abgesehen von dem Falle der concurrirenden Obligation auf das Eigenthum der Sache gerichtet werden, aber nur auf das prätorische, bis die Gläubiger ein gleiches Recht des Cridars erweisen. Im Falle einer concurrirenden Obligation braucht der Vindicant, insofern der Cridar der Obligirte ist, nicht grade sein Eigenthumsrecht, sondern nur den Uebergang der Sache in die Hände des Cridars ohne Erwerb des letzteren darzuthun; denn was dem Cridar nicht gehört, dürfen die Creditoren gar nicht zu sich nehmen, oder doch nach Aufklärung des Verhältnisses nicht behalten wollen, besonders da der Concurs unter Leitung des Richters steht, und dieser keinen widerrechtlichen Besitz erlauben darf [3]); man kann unter den gedachten Umständen sogar sagen, daß gegen die Masse alle Bedingungen der actio ad exhibendum gegeben seyen [4]); dadurch beseitigt sich der Einwand einiger Neuern [5]), daß die Creditoren dritte Besitzer seyen, und diese ohne Beweis des dinglichen Rechts nichts verabfolgen. Läugnet die Masse die Sache überkommen zu haben, so muß der Vindicant auch beweisen, daß sich die Sache in der Masse befinde. E) Mit Hülfe der Germanischen Re-

1) z. B. Hommel Rhaps. obs. 722. Claproth a. a. O. S. 594.

2) Mein Röm. Privatr. II. §. 267.

3) Hach a. a. O. S. 123 flg. Dabelow S. 590.

4) l. 5. §. 3—5. D. ad exh.

5) z. B. Gmelin's a. a. O. §. 15.

gel: „Hand muß Hand wahren" kann die Masse den Vindicanten nicht zurückweisen, weil durch den Concurs die Sache nicht aus der Wehre des Cridars in eine andere übergeht.

B. Rechtsverhältniß der Vindicanten.

§. 45.

Da die Befriedigung der Gläubiger nur aus den Gütern des Cridars, nicht eines Dritten, erfolgen darf, so ist das Recht der Vindicanten, ihre Sachen vorwegzunehmen, einer der einleuchtendsten Rechtssätze [1]; nur sind die von Seiten des Cridars oder der Gläubiger auf die Sache gemachten Verwendungen, soweit sie in anderen Fällen ersetzt werden, zuvor zu erstatten. Von der Masse selbst verlangen die Vindicanten nichts, und sind sie darum keine Theilnehmer des Concurses [2]; treten weder mit den Creditoren, noch unter sich, in Gemeinschaft, und können schon vor Beendigung des Concurses, jeder für sich, Herausgabe ihres Eigenthums fordern.

II. Vindicanten zum Zweck der Befriedigung aus der Sache.

§. 46.

Vindicanten zum Zweck der bloßen Befriedigung aus der Sache, wobei stets der Fall einer concurrirenden Obligation vorhanden ist, sind der Ehegatte, welcher dem Anderen schenkte, in Rücksicht des von diesem damit gemachten Erwerbs [3], und die Ehefrau in Rück-

1) l. 38. pr. D. de pec. (15. 1.) l. 3. C. qui bonis ced. (7. 71.) l. 1. C. de priv. fisci. (7. 73.)

2) Schwankend ist Leyser Sp. 479. med. 2.

3) l. 55. D. de donat. int. vir. et ux. (24. 1.) Dabelow S. 361 flg.

sicht dessen, was der Mann mit Dotalgeldern erwarb [1]), sowie in Rücksicht der vom Manne noch unbezahlten ästimirten Dotalsachen [2]). Der Berechtigte kann, insofern er nicht befriedigt wird, die Sache zu sich nehmen, muß aber nach dem seinerseits zu veranstaltenden Verkauf den Ueberschuß zur Masse zurückliefern. Außer den gesetzlichen Fällen gehört zu dieser Classe der Vindicanten auch derjenige, welcher sich wegen einer Schuld des Cridars das Eigenthum reservirt [3]) und nach dem Geiste des Vertrags nicht sowohl die Sache wieder haben, als nur absolute Sicherheit wegen der Befriedigung bewürken will. Der Berechtigte kann hier gegen die privilegirtesten Gläubiger, selbst gegen die der 1ten Classe, die Sache aus der Masse ziehen, und zwar für Capital und Zinsen, selbst wenn Landesgesetze bei eigentlichen Gläubigern den Fortlauf der Zinsen im Concurse, oder doch deren gleiche Priorität mit dem Capitale aufheben; allein dennoch muß die Sache veräußert werden und der Ueberschuß zur Masse kommen. Ein reservirtes Eigenthum dieser Art wird oft cedirt, wenn dies aber nur theilweise geschieht, gewöhnlich mit Vorbehalt des Vorzugs für den dem ursprünglichen Inhaber verbleibenden, nicht mitcedirten, Theil; werden alsdann von diesem später neue Cessionen gemacht, so ist der zweite Cessionar besser als der erste.

III. Rechtsverhältniß der Pfandgläubiger.

§. 47.

Nach Römischem Rechte durften auch die Pfandgläubiger, gleich den Vindicanten, den Gegenstand ihres Rechts

1) l. 22. §. 13. D. sol. matr. (5. 12.) (24. 3.)
2) l. 30. C. de jure dot.
3) Mein Röm. Privatr. II. §. 308. No. III.

aus der Masse ziehen, für sich verkaufen und blos den Ueberschuß zur Masse zurückliefern; dies folgt aus der Natur ihres dinglichen Rechts, aus der Uebergehung der Pfandgläubiger in allen Titeln über die Concurslehren, und aus der Beschränkung der Immission auf Gläubiger ohne Hypothek [1]). Machten dagegen die hypothecarischen Gläubiger ihre Hypothek nicht geltend, so war gar kein Grund zur Unterscheidung von anderen chirographarischen Gläubigern. Nun ist es aber eine der wichtigsten Abweichungen des heutigen Concurses, daß man die Verfolgung der Hypotheken sistirte, und die Pfandgläubiger mit zu dem Corps der Concursgläubiger zog, aus dem doppelten Grunde, um den Ueberschuß der Hypotheken den übrigen Gläubigern zu erhalten, und weil der Pfandgläubiger an einem Gegenstande gewöhnlich so viele sind, daß deren Ausgleichung unter einander nicht ohne Concurs möglich ist. Diese Sistirung der Hypotheken brachte es von selbst mit sich, daß man nun im Concurse hypothecarische und chirographarische Gläubiger unterschied und jene vor diesen befriedigte. Ganz unnachtheilig ist den Pfandgläubigern die Einlassung in den Concurs aber doch nicht, weil sie auf die Befriedigung bis zur Distribution warten müssen, mit den Professions- und Liquidationskosten belästigt werden, und den absolut privilegirten Gläubigern der 1sten Classe nachstehen. Eine wichtige Folge der Sistirung der Hypotheken ist noch die, daß die Vindicanten, Massegläubiger und Inhaber von Retentionsrechten ihre Rechte insofern beschränken lassen müssen, als die in den Concurs hineingezogenen Pfandgläubiger diese Rechte nicht anzuerkennen brauchen, z. B. nicht wegen ihres älteren dinglichen Rechts. Nach Parti-

1) l. 10. pr. C. de reb. auct. jud. poss. (7. 72.)

cularrecht brauchen sich übrigens die Inhaber von Specialhypotheken, besonders von ingrossirten, zuweilen nicht in den Concurs einzulassen. In Rücksicht der Einlieferung der Faustpfänder ist zu bemerken: 1) sind ältere hypothecarische Gläubiger vorhanden, so macht deren Recht die Einlieferung der Faustpfänder nöthig [1]. 2) Außerdem ist die Masse schuldig einzulösen, denn die Sistirung der Hypotheken leidet als nicht streng juristisch keine analogische Ausdehnung auf Faustpfänder, auch steht diesen das Retentionsrecht zur Seite, was im Concurse nicht erlöscht (§. 60.), und eben so wenig ist ein allgemeiner Gerichtsgebrauch für die Einlieferung entschieden [2]; doch sind dafür manche, besonders neuere, Schriftsteller [3]. 3) Hat ein Faustpfandgläubiger erst nach Ausbruch des Concurses verkauft, so muß er immer noch das Kaufgeld abliefern, insofern er sonst die Sache abzuliefern gehabt hätte [4]. 4) Daß die vom Cridar für fremde Schuld gegebenen Faustpfänder niemals eingeliefert zu werden brauchten, ist ohne Grund [5]. 5) Hat das Particularrecht den unbedingten Vorzug des Faustpfandes, indem es keine Vindication gegen den Dritten gestattet, so erfolgt niemals eine Einlieferung an die Masse, selbst nicht aus Rücksicht auf die sich in den Concurs einlassenden älteren hypothecarischen Gläubiger. Verpfändete Forderungen bleiben, wie die Hypotheken, in der Masse, und werden nach Ausbruch des

1) Pufendorf Obs. III, 60. Kapff's Würtemb. Rechtssp. I, 34.

2) Pufendorf l. c. Walch contr. jur. Sect. 4. c. 3. memb. 2. subs. 1. §. 3. Gmelin vom mater. Conc. §. 27. Kind Quaest. for. I, 54. Happel v. d. Rechte d. Faustpf. im Conc. Abschn. 3. Kapff a. a. O. Hagemann's Pr. Erört. VII, 108.

3) Leyser Sp. 486. m. 1. Claproth §. 319. Gönner §. 10.

4) Leyser Sp. 486. m. 3.

5) A. M. ist Dabelow S. 684. Not. u.

Concurses für Rechnung der Masse eingeklagt; nur bei Ueberlieferung der Documente an den Gläubiger wendet man wohl die Regeln des Faustpfandes an, nach der Ansicht, daß man mit den Documenten die Forderung selbst in Händen habe [1]). Ist die Verpfändung mittelst eventueller Ueberlassung der Sache erfolgt, was aber nur bei Forderungen, hingegen bei dem Eigenthum, so lange nicht tradirt ist, blos durch Cession der Vindication möglich ist, so darf der Gläubiger die Sache mit Eigenthumsrecht verfolgen, und ist gegen Einlassung in den Concurs selbst da gesichert, wo man die Einlieferung von Faustpfändern verlangt [2]). Von selbst liegt diese eventuelle Ueberlassung in der Verpfändung einer Sache, und namentlich einer Forderung, nicht, indem sonst zu viele dem Pfandrecht widerstreitende, und eben darum vermuthlich nicht beabsichtigte, Folgerungen entstehen würden [3]). Am allerwenigsten braucht sich der Gläubiger in den Concurs einzulassen, wenn statt der Verpfändung der Verkauf mit vorbehaltenem Rückkauf gewählt ist, indem nun der Gläubiger als wahrer Eigenthümer gilt, so lange nicht die Masse ihrerseits die Auslösung bewürkt hat.

Zweite Abtheilung.

Von den Massegläubigern.

§. 48.

Die Massegläubiger (§. 43.) gehen hervor: 1) aus einer Schuld der Masse (§. 40.); 2) aus con-

1) Hagemann's Pr. Erört. VII, 97.

2) v. Schirach's Beiträge zur Anwendung d. Rechts. I, 24. Hagemann's Pr. Erört. VII, 97.

3) A. M. ist Mevius Dec. V, 344.

trahirten Verbindlichkeiten der Concursgläubiger (§. 64.). Sie verfolgen eine Schuld der Masse, sogar der Concursgläubiger selbst, und sind darum keine Theilnehmer des zum Besten der Concursgläubiger verhängten Concurses; daher sie 1) mit den Concursgläubigern in keine Gemeinschaft treten, eben so wenig, als die Gläubiger mit dem Schuldner; 2) auch nicht unter sich, eben so wenig, wie mehre Gläubiger außer dem Concurse. Eine wichtige Folge ist, daß die Rechtsverfolgung der Masseschuld durch den Concurs nicht beschränkt, oder verändert wird; so daß die Massegläubiger auch während des Concurses Verzugszinsen fordern können, die Beendigung des Concurses nicht abzuwarten brauchen [1]), und sich nicht blos der Einklagung, sondern auch der Retention bedienen können, wenn diese bei Concursgläubigern auch wegfallen sollte. Alle diese Verhältnisse würden sich zwar nicht im Verhältniß zu den Concursgläubigern, aber wohl im Verhältniß der Massegläubiger unter einander ändern, wenn wegen unzulänglicher Befriedigungsmittel ein Concurs unter den Massegläubigern selbst nöthig würde. Eine Compensation gegen die Massegläubiger können die Concursgläubiger vorschützen, nicht nur wenn die Massegläubiger der Masse selbst, sondern auch wenn sie nur dem Cridar schuldig sind, weil dessen Gegenforderung auch der Masse zu Gebote steht.

1) Mevii Dec. II, 269.

Dritte Abtheilung.

Von den Concursgläubigern.

I. Bestimmung der zur Theilnahme am Concurse geeigneten Gläubiger.

A. Der Gläubiger überhaupt.

1. Allgemeine Bestimmung.

§. 49.

Die eigentlichen Theilnehmer des Concurses sind die Concursgläubiger. Dazu gehören aber nicht sämmtliche Gläubiger des Cridars, vielmehr sind ausgeschlossen: 1) alle gänzlich reprobirten Forderungen, z. B. Wucherschuld. 2) Alle nicht klagbaren Forderungen, denn die Verfolgung im Concurse ist die im Wege der Klage. 3) Alle Ansprüche auf bloße Facta des Cridars, da diese Facta gar nicht zu den Gegenständen der Masse gehören. 4) Forderungen, welche von der Person des Schuldners unzertrennlich sind; daher alle Personalprästanda, welche im Augenblick des Concurses nicht fällig sind, die Masse für die Zukunft nicht belästigen; auch nicht aus dem Gesichtspunkte einer bedingten Schuld, weil sie zu ungewiß sind und zu sehr von der persönlichen Lage des Verpflichteten abhängen. 5) Ansprüche, welche nur einen wohlhabenden Schuldner treffen und folglich mit Eröffnung des Concurses erlöschen [1], namentlich Alimente, welche der Schuldner seinen Angehörigen gesetzlich zu entrichten hat, ferner eine gesetzliche dos an die Kinder, eben so ein gesetzliches Witthum der Ehefrau; höchstens würde von diesen Gegenständen in den Concurs gehören, worauf schon vor dessen Ausbruch rechtsbeständig

1) Mevii Dec. VII, 138.

geklagt war; hat dagegen der Schuldner diese Gegenstände vertragsmäßig übernommen, so ist der Berechtigte, auch noch ehe der Anspruch fällig wird, Theilnehmer des Concurses, namentlich wegen der dos [1]), und des Witthums [2]). 6) Forderungen aus einem neuen obligatorischen Factum des Schuldners nach Ausbruch des Concurses, weil der Cridar über die Vermögensmasse nicht weiter verfügen, und dieselbe nicht mehr mit Schulden belästigen kann. Dagegen schließt ein Einlassen mit dem Schuldner blos wegen damals bereits eingetretener Insolvenz den Berechtigten nicht aus, besonders wenn er blos zurückverlangt, was er dem Schuldner creditirte, denn bei einem solchen Geschäfte ist, abgesehen von dem, was der Schuldner mit dem Creditirten anfängt, worüber sich zum voraus nicht sagen läßt, ob es vortheilhaft oder nachtheilig seyn werde, gar kein Schaden des Schuldners oder dessen Gläubiger; daher auch die ehemals bestrittene Frage: ob die Frau, welche einem insolventen Manne eine dos zubringt, ein Recht auf die Zurückforderung habe, bejahend zu entscheiden ist [3]); vollens verwerflich ist es, wenn man dem Gläubiger den Beweis der Solvenz des Promittenten im Augenblick des Versprechens auflegt; wie man bei dem Versprechen der Alimente, und der dos, wohl eher gethan hat [4]). 7) Ansprüche aus einer mora des Schuldners, so weit sie in die Zeit nach Ausbruch des Concurses fallen; weil von diesem Augenblick ein Generalverbot der Zahlung auf dem ganzen Vermögen des Schuldners lastet (§. 83.), und die dadurch bewürkte juristische Unmöglichkeit zu zahlen die mora ausschließt;

1) Pufendorf Obs. I, 66. IV, 248.

2) Dabelow S. 527. Not. l.

3) Wernher Obs. VI, 420. Dabelow S. 438 flg.

4) Namentlich thut dies Hommel Rhaps. obs. 290.

daher auch keine Conventionalstrafe, keine lex commissoria würksam werden können. 8) Alle Gläubiger, welche auf die Theilnahme Verzicht leisten; auch nur stillschweigens dadurch, daß sie sich an einen bestimmten Gegenstand halten zu wollen erklären [1]). Ein Grund des Verzichts kann die Geringfügigkeit der Forderung seyn, wenn sich die, auch im glücklichsten Falle nicht zum Ersatz kommenden, Kosten der Rechtsverfolgung im Concurse allem Ansehen nach höher als die ganze Forderung belaufen werden. 9) Die Ehefrau rücksichtlich der dos, falls sie durch ihre verschwenderische Lebensweise die Insolvenz des Mannes herbeiführte, welchenfalls sie, wenn auch nicht im Verhältniß zum Manne, doch zu den übrigen Creditoren, ihren Anspruch verliert [2]). — Alle übrigen Forderungen gehören in den Concurs, in Gemäßheit der par conditio creditorum [3]); ohne Unterschied zwischen Contracts- und Delictsforderungen, Klagen auf Erfüllung und auf Rescission, Forderungen, welche bei dem Cridar entstanden sind, und welchen er sich durch Intercession für Andere unterworfen hat. Termine und Bedingungen schließen die Forderung nicht aus, damit nicht die Uebrigen den Gegenstand der Befriedigung verringern, welcher auch den betagten und bedingten Gläubigern erhalten werden muß; überhaupt ist jedes künftige Recht, wozu schon eine Einleitung getroffen, vorausgesetzt, daß der Gläubiger sein Recht nicht blos durch den Willen des Schuldners [4]), sondern auf andere Weise, namentlich auch durch ein eigenes Factum bekommt, als concursmäßig zu behandeln [5]). Ins-

1) Mevii Dec. II, 287.

2) Reichsschluß vom 17ten Febr. 1671. Hagemann's Pr. Erört. VII, 94.

3) l. 12. pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) l. 10. pr. C. eod. (7. 72.)

4) l. 9. §. 1. D. qui pot. in pign. (20. 4.) l. 108. §. 1. D. de V. O.

5) Salgado de Somoza I, 8. no. 24—42. J. H. Boehmer de jure futuro. II, 18. (Exerc. ad Pand. Tom. 1.)

besondere gehören 1) die vom Schuldner terminweise zu leistenden Zahlungen für ihre ganze, auch über die Zeit des Concurses hinausreichende, Dauer zu den zulässigen Forderungen [1]). 2) Auch der Bürge des Cridars, sollte er auch erst nach Ausbruch des Concurses zahlen, ist Concursgläubiger [2]). 3) Das nämliche gilt von dem Käufer, welchem die vom Cridar erworbene Sache nach Ausbruch des Concurses evincirt wird [3]). — Eine vom Schuldner für gewisse Fälle gemachte Caution kann der Gläubiger im Concurse für ihren ganzen Betrag anmelden, um sich dadurch für die bereits eingetretenen oder noch künftig eintretenden Fälle sicher zu stellen, jedoch fällt die Caution für künftig einzugehende Geschäfte mit dem Concurse weg, weil der Schuldner nicht mehr zum Nachtheil seiner Gläubiger disponiren kann.

2. Anwendung auf die Zinsen.

§. 50.

Ueber die Zulassung der Zinsen zum Concurse gelten folgende Regeln: 1) die vor Ausbruch des Concurses aufgelaufenen gehören immer zu den Concursforderungen. 2) Mit Ausbruch des Concurses kann keine Verzugszinse anfangen, auch nicht fortdauern, weil der Concurs eine nothwendige Suspension der Zahlung nach sich zieht, und jede Mora ausschließt (§. 49. No. 7.). 3) Vertragszinsen gehen fort, denn sie sind an die Fortdauer des Zinsvertrags geknüpft; und gehören sogar in den Concurs, weil sie als bedingte Forderung gleich anfangs da sind. Aeltere Juristen haben auch wohl Vertragszinsen sistiren wollen, wegen der par conditio creditorum, verbunden mit der Rück-

1) Salgado de Somoza Präcl. d. Gläub. II, 2. §. 16. I, c. 19. 20.
2) (v. Trützschler) von d. §. 23. 24.
3) v. Trützschler a. a. O.

sicht, daß manche Gläubiger keine Zinsen bedungen haben könnten [1]); jetzt wird das hierin liegende Mißverständniß (§. 11.) allgemein anerkannt. 4) Zinseszinsen und Zinsen über die Höhe des Capitals laufen auch im Concurse nicht; obgleich wegen der in dieser Beschränkung liegenden Unbilligkeit, da dem Gläubiger keine versäumte Beitreibung zur Last fällt, einige Particularrechte eine entgegengesetzte Bestimmung haben.

B. Der Pfandgläubiger insbesondere.

§. 51.

Da in Deutschland auch die Pfandgläubiger Theilnehmer des Concurses sind (§. 47.), so ist noch näher zu bestimmen, wer sich in dieser Qualität im Concurse melden könne. Gläubiger mit einer Hypothek am ganzen Vermögen gehören unbedingt hieher, ausgenommen die Conventionalpfandgläubiger in Rücksicht der wenigen dem vertragsmäßigen Generalpfande entzogenen Gegenstände [2]). Gläubiger mit einem Specialpfande, wobei die in der Masse noch befindlichen Nutzungen mit hinzugerechnet [3]), die von der Masse gemachten Verwendungen aber abgezogen werden müssen [4]), haben nur insofern ein hypothecarisches Recht, als sich 1) das Pfand in der Masse befindet; 2) das dafür erhobene Kaufgeld reicht; 3) die vorstehenden Pfandgläubiger etwas davon übrig lassen; über diese Beschränkungen hinaus haben sie blos chirographarisches Recht, und sind vom Concurse ganz ausgeschlossen, wenn der Schuldner nicht der Cridar, sondern ein Dritter ist.

1) Happel's Erört. der im Concurse vork. wicht. Gegenst. Erört. 3.

2) Mein Röm. Privatr. II. § 344. a.

3) Mein Röm. Privatr. II. §. 351.

4) Mein Röm. Privatr. II. §. 356.

II. Einige allgemeine Grundsätze über die Rechtsverfolgung im Concurse.

§. 52.

Einschränkungen der Rechtsverfolgung außer dem Concurse gelten auch im Concurse. Ist daher die erhobene Forderung activ oder passiv höchst persönlich, so gehört zur Geltendmachung, daß der Concurs bei Lebzeiten des Gläubigers oder Cridars eröffnet wird. Eine verjährte Forderung kann der Concurs zurückweisen, wie der Cridar; auch wird eine noch fortlaufende Verjährung nicht schon durch die Eröffnung des Concurses, sondern erst durch Profession der Forderung aufgehoben. Eine Gegenforderung des Cridars ist abzurechnen, und zwar auf die lästigste Forderung des Gläubigers, denn vor dem Concurse hatte der Schuldner die Wahl, welche nun auf den Concurs übergeht, und nach dem Interesse und vermuthlichen Willen der Gläubiger bestimmt wird. Lästig ist die Forderung, von welcher Zinsen laufen, nicht grade die mit der besseren Priorität, unter welcher nur Einzelne leiden. Sind alle Forderungen des Gläubigers gleich, so werden sie sämmtlich pro rata gekürzt. Ganz unrichtig ist es, wenn Manche [1], weil es an einem Auswege fehle, den Richter wählen lassen. Cedirte Forderungen verfolgt der Cessionar, allenfalls mit Assistenz des Auctors wegen der Eviction [2]. Der Cessionar kann sich aber wegen der dem Concurse zustehenden exceptio legis Anastasianae nur mit derjenigen Summe melden, welche er dem Cedenten entrichtete. Steht indessen der Concurs nahe bevor, so kann man die zu erhebenden Procente als cedirt betrachten;

1) z. B. Dabelow S. 700 flg.

2) Salgado de Somoza I, 27. no. 67—69.

der Cessionar meldet sich, um diese Procente auszumitteln, mit dem Ganzen, erhebt aber von den auf dieses fallenden Procenten nicht mehr, als die Summe des von ihm Gegebenen beträgt. Ist bereits die Anmeldung im Concurse erfolgt, so hört eigentlich alle Cession auf, wegen der nun eintretenden Litigiosität. Capitalien in usufructu werden von dem Fructuar als Eigenthümer geltend gemacht; wenn er aber blos die Zinsen genießen soll, vom Eigenthümer und Fructuar gemeinschaftlich [1]). Ist der Creditor wieder Anderen schuldig, so können die Gläubiger des Creditors durch Anmeldung Präclusion abwenden; auch Arrest auswürken; zur Erhebung des Geldes bedarf es aber noch eines Urtheils gegen den Schuldner und einer zum Zweck der Execution ertheilten richterlichen Anweisung auf die Summe [2]). Das jus offerendi et succedendi unter mehren Pfandgläubigern ist im Concurse weniger wichtig, weil ein Einzelner nicht leicht mehr auf etwas bestehen kann, was dem Interesse Anderer nachtheilig wird [3]); allein daß dessen Ausübung durchaus unzulässig sey, wegen der par conditio creditorum, beruht auf einem Mißverständniß (§. 11.) [4]).

III. Rechtsverfolgung außer dem Concurse.

§. 53.

Außer der Rechtsverfolgung im Concurse giebt es noch eine Rechtsverfolgung außer dem Concurse, sowohl für diejenigen Gläubiger, welche sich in den Concurs

1) Salgado de Somoza (5. 15.) l. c. no. 1—4. Mein Röm. Privatr. II. §. 299.

2) l. 2—4. C. quando fiscus vel priv. debitoris sui debit. Kind Quaest. for. III, 34. IV, 36.

3) Mevii Dec. IV, 158.

4) A. M. sind Brunnemann I, 8. Stryk ibid.

nicht einlassen können oder wollen, als für diejenigen, welche daran Theil nehmen, freilich für diese nur zum Zweck einer schnelleren und sicherern, nicht einer doppelten, Befriedigung [1]; nämlich: 1) blos gegen die Person des Cridars, a) wenn noch das alte Schuldrecht gegen die Person fortdauert, wobei aber die Verfolgung neben der Einlassung im Concurse davon abhängt, daß der Gläubiger nicht genöthigt ist, auf die Verfolgung gegen die Güter zu verzichten (§. 10.); b) wenn die Wechsel- und Einlagerverbindlichkeit begründet ist, welche aber nach der Insolvenzerklärung oder doch neben der Einlassung in den Concurs oft gar nicht verfolgt werden soll (§. 10.). 2) Gegen die von den Creditoren ausgelassenen Güter [2]. 3) Gegen den bleibenden Ueberschuß der Masse. 4) Gegen die vom Schuldner in der Folge aufs neue zu erwerbenden Güter [3]; wozu aber erst die Erwerbungen nach beendigtem Concurse gehören (§. 35.); selbst für die während des Concurses entstehenden, und darum vom Concurse ausgeschlossenen, Gläubiger [4]; was auch keine Unbilligkeit heißen kann, da die Gläubiger sich mit dem Cridar nicht hätten einlassen sollen, und selbst wenn die Obligation auch blos von dem Cridar ausgeht, dessen gänzliche Unfähigkeit zu disponiren eine weitere Belästigung der Masse nicht zuläßt. Hat der Gläubiger sich vom Concurse durch versäumte Anmeldung ausschließen lassen, so ist vollens kein Grund, den Umfang der zur Masse gehörigen Güter zu seinem Gunsten zu beschränken. 5) Gegen die in dritten Händen befindlichen, dem Gläubiger verhafteten,

1) l. 8. D. de comp. (16. 2.) l. 14. C. de oblig. et action. (4. 10.)
2) (v. Trütschler) a. a. O.
II, 2. §. 49. Dabelow S. 541.
3) l. 10. pr. C. de reb. auct. jud. poss. (7. 72.)
4) Gönner §. 11.

Pfänder, insofern diese niemals zu dem Vermögen des Cridars gehörten, oder in demselben zu stehen aufhörten, oder die Masse sie aufgiebt, indem das im fortwährenden Eigenthum des Cridars befindliche Pfand von der Masse dem Dritten abgefordert wird, und der Pfandgläubiger, um zu dem Pfande zu gelangen, sich auf gewöhnliche Weise in den Concurs einlassen muß; ferner gegen den mitverpflichteten correus debendi des Schuldners, so wie gegen den der Schuld wegen verhafteten Bürgen. In wiefern dabei der Dritte das ben. excussionis und divisionis des Concurses wegen verliere, davon gleich nachher. Das beneficium cedendarum actionum behält der Dritte; daher der Gläubiger durch Anmeldung im Concurse für die Erhaltung der Möglichkeit der Cession sorgen muß (§. 117.). Insoweit übrigens der Gläubiger eine Befriedigung in und außer dem Concurse zugleich sucht, darf er im Concurse zwar das Ganze profitiren, wenn er aber bis zur Distribution im Concurse außer demselben etwas erlangt, wird das Professum um so viel kleiner, und wenn der Concurs nur Procente abwirft, empfängt er diese nur für die durch Abzug des anderswo Empfangenen verkleinerte Summe des Professum [1]). Wichtig für die Rechtsverfolgung außer dem Concurse ist noch, daß der Cridar nicht mehr als ein idoneus debitor gilt, wie er vorausgesetzt wird [2]), wenn Jemand die gegen sich gerichtete Klage dadurch zurückweisen will, daß wegen der Klage gegen den Cridar der Fall nicht eintrete, daß alia actio non est [3]), oder wenn der Beklagte sich als Pfandbesitzer, correus debendi, Bürge, mittelst der exceptio excussionis oder divi-

1) Püttmann's Wechselr. (49. 14.) §. 194. b.

2) l. 47. pr. D. de jure fisci. §. 144.

3) Mein Röm. Privatr. I.

sionis und der darauf gegründeten Verweisung an den Cridar befreien will. Der Umstand, daß der Gläubiger privilegirt ist und im Concurse gewiß zu seiner Befriedigung gelangen wird, ändert hieran nichts, weil die Rechtsverfolgung im Concurse durch die Rücksicht auf die übrigen Gläubiger vielfach beschränkt ist, manchen Aufenthalt mit sich bringt, viele Kosten verursacht, und aus diesen Gründen beschwerlicher ist, als wenn gegen einen Abwesenden geklagt werden muß, in welchem Falle das Verweisungsrecht wegfällt [1]). Dieser Meinung sind auch alle älteren Juristen [2]), indem erst einige Neuern bei Gewißheit der Befriedigung die Verweisung an den Concurs gestatten [3]).

IV. Rechtsverhältniß der Concursgläubiger.

§. 54.

Die Creditoren erscheinen in doppelter Qualität [4]): 1) als Gesammtheit, unter dem Namen des Corps der Gläubiger, in demjenigen, was sich auf Zusammenbringung und Berichtigung der Masse bezieht; 2) als einzelne für sich bestehende Berechtigte, in demjenigen, was auf die Auskehrung an die Gläubiger zum Zweck der Befriedigung Bezug hat. Dieser doppelte Gesichtspunkt bestimmt die nachfolgende Darstellung.

1) Nov 4. c. 1.

2) Salgado de Somoza I, 23. no. 1—18. Mevii Dec. IX, 147. Weber v. d. natürl. Verb. §. 115. Not. 8.

3) Dabelow S. 535. Not. g. Gönner §. 31. No. 7.

4) Joh. God. Bauer de judicio conc. credit. univ., et creditoribus modo singulorum, modo universitatis faciem induentibus. (Opusc. Tom. 1. no. 36. pag. 393.)

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Erster Absatz.

Von dem Corps der Gläubiger.

§. 55.

Ist die Masse noch erst zusammen zu bringen und zu berichtigen, so stehen die, in dieser Beziehung immer als Corps erscheinenden, Gläubiger zwar nicht in einer Societät, weil sie nicht mit einander contrahiren, aber wohl wegen des gemeinschaftlichen Befriedigungsobjectes in einer Communion, als einem eigenthümlichen Merkmale der Concursgläubiger, was sich bei den Vindicanten und den Massegläubigern nicht findet. In älteren Zeiten hat man aus dem Corps der Gläubiger mitunter eine moralische Person gemacht; allein 1) ist es eine Ausnahme von der Regel und eine wahre Fiction, daß aus mehren Einzelnen nur ein einziges intellectuelles Rechtssubject wird, und eine solche hier eintreten zu lassen, dazu ist kein Grund, indem die bloße Gemeinschaft alles erklärt; 2) fehlt der freie Zutritt, die bleibende Vereinigung, und der öffentliche Character [1]. Aus dem Gesichtspunkt der Communion folgt nun zwar auf der einen Seite, daß die Rechte und Verbindlichkeiten bei den Einzelnen sind, und sich nach deren Person bestimmen, also namentlich eine Restitution wegen Gründe aus der Person der Einzelnen denkbar wäre; auf der anderen Seite aber auch, daß die Gläubiger gemeinschaftlich berathen und alle Maaßregeln gemeinschaftlich nehmen. Sind die Stimmen verschieden, so würde eigentlich nicht Stimmenmehrheit [2], sondern die nach der

1) Martin rechtl. Natur der Streitgenossenschaft. S. 25 flg. (Mag. f. d. Proc. B. 1.)

2) l. 28. D. comm. div. (10. 3.) cap. 29. de reg. jur. in 6to. (5. 12.) Martin a. a. O. S. 182. A. M. ist Salgado de Somoza II, 2. no. 67—84.

Prüfung des Gerichts dem Interesse Aller angemessenste Meinung entscheiden [1]); indessen zeigt sich eine entschiedene Tendenz zur Entscheidung durch Stimmenmehrheit, nicht nur bei deren Stundungs- und Nachlaßvertrage (§. 13. 20.), sondern in allen laufenden Angelegenheiten [2]). Die Mehrheit bestimmt sich nicht nach Köpfen, sondern nach der Größe der Forderungen [3]); daher sie sich auch bei einem einzelnen Gläubiger finden kann, dessen Willensbestimmung aber nur um so mehr der richterlichen Aufsicht und Bestätigung, und zwar nach Analogie des Nachlaßvertrages, unterworfen bleiben muß [4]). Bei dem Stundungs- und Nachlaßvertrage sind alle Gläubiger zu hören, weil alle verlieren, hier aber vorzüglich nur die interessirten, in deren Nähe sich die Masse wahrscheinlich erschöpfen wird, wie man sagt, die schadenleidenden Gläubiger, nicht grade die hypothecarischen oder privilegirten; ganz ausgeschlossen sind aber, welche ein völlig unerwiesenes Recht haben, oder in keinem Falle zur Perception kommen. Sollte von Seiten der Gläubiger gegen Einzelne aus ihrer Mitte etwas zu beschließen seyn, so dürfen diese, weil sie eine doppelte Qualität besitzen und zugleich Mitglieder der Genossenschaft sind, in ihrer eigenen Sache mit entscheiden [5]), aber dadurch nicht Unrechtlichkeiten zu ihrem Vortheil durchsetzen, da die Regel von der Repräsentation mehrer Personen hierzu nicht gemißbraucht werden darf [6]), und jedenfalls ein solcher Mißbrauch zur Versagung der richterlichen Bestätigung des

1) l. 8. §. 4. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) Martin a. a. O. S. 192 flg.

2) l. 15. pr. D. eod. l. 2. pr. D. de curat. bonis dando. (42. 7.) Hagemann's Pract. Erört. VI. No. 72.

3) arg. l. 8. D. de pactis (2. 14.) l. 8. C. qui bonis ced. (7. 71.)

4) arg. l. 7. §. 19. D. de pactis.

5) v. Quistorp's Rechtl. Bemerk. II, 7.

6) Mein Röm. Privatr. I. §. 62.

Beschlusses berechtigen würde. Die Rechtsverhältnisse des Corps der Gläubiger sind 1) die hinsichtlich der Masse, 2) die zu Dritten und 3) die zu den Einzelnen aus der Mitte der Gläubiger. In allen diesen Beziehungen hat das Corps der Gläubiger die Rechte und Pflichten anderer Privatpersonen, ohne dabei besondere Rechtsbegünstigungen zu genießen. Daher hat es auch keinen Grund, das Corps der Gläubiger von allen Realcautionen, z. B. cautio usufructuaria, cautio de restituendo, für befreiet zu halten [1]; denn der für die Befreiung angeführte Grund, daß wegen der richterlichen Leitung keine Rechtsverletzungen von Seiten des Corps der Gläubiger, keine Verschwendung der Masse, und keine zu frühzeitige Vertheilung zu besorgen seyn werden, bewährt sich nicht immer, am wenigsten wenn die Concursmasse im Auslande ist; auch ist ja keine Sicherheit gegen Insufficienz der Masse, da der Zuschuß von Seiten der Gläubiger (§. 64.), nicht ohne Schwierigkeit der Erlangung zu seyn pflegt. Es kommt also noch darauf an, daß die Hinneigung der Practiker zur Befreiung des Concurses von Cautionen in einem einzelnen Lande würklich zur festen Observanz geworden ist. Macht der Besitz inländischer Immobilien von einer Caution frei, so kommt diese Befreiung auch dem Corps der Gläubiger zu Statten, wenn sich inländische Immobilien in der Masse befinden und dieselben nicht zum Verkauf bestimmt sind, wie z. B. bei den Administrationsconcursen. Einiges Andere über besondere Rechte der Gläubiger wird wegen seiner speciellen Beziehung unten vorkommen.

1) Heise u. Cropp Jur. Abh. XVII. §. 5 flg. A. M. ist Winckler Op. min. Vol. II. P. 2. c. 4.

I. Verhältniß der Creditoren hinsichtlich der Masse.

A. Recht im Allgemeinen.

§. 56.

Hinsichtlich der Masse hatten die Gläubiger im Römischen Concurse als Folge der Immission das interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus, und das prätorische Pfandrecht, und als Folge der cessio bonorum die Rechte der Anweisung auf die Güter, seitdem aber die Immission nicht mehr vorkommt und die Grundlage des Deutschen Concurses eine andere ist, müssen diese Folgen wegfallen, namentlich auch das prätorische Pfandrecht [1]); und die Gläubiger haben im Ganzen nur noch das Befriedigungsrecht aus der Masse, welches als Zugabe zu der Forderung, als dem Hauptrechte, auch nur als jus in personam anzusehen, aber doch nach der hier ganz zutreffenden Analogie des mit dem dinglichen Pfandrechte verknüpften Befriedigungsrechtes zu beurtheilen ist. Das Eigenthum bleibt bis zu dem Augenblick, in welchem es durch Verkauf auf den Käufer übergeht, bei dem Cridar, ohne daß die Gläubiger dasselbe irgend erlangen [2]), weder bei der Römischen Immission [3]), und Römischen Cession [4]); noch in dem heutigen Concurse, dessen Zweck ohne einen solchen Uebergang füglich erreicht werden kann. Sogar ein provisorisches, bedingtes, Eigenthum der Creditoren, bei welchem sich ohnehin nicht viel denken ließe, hat nicht das Geringste für sich. Auch die possessio

1) Noch jetzt räumt den Gläubigern dasselbe ein Joh. God. Bauer de creditore speciei in conc. credit. traditionem rei frustra pet. (Opusc. I. no. 37. pag. 397 seq.)

2) Brunnemann I. §. 9.

3) l. 12. D ex quib. caus. in poss. eat. (42. 4.)

4) l. 3. D. de cess. bon. (42. 3.) l. 4. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.)

erlangen die Gläubiger eben so wenig, als das Eigenthum, weder die zum Zweck der Usucapion, noch die zum Zweck der Interdicte [1]; ohne daß jedoch die Gläubiger im geringsten dabei verlieren, indem ihnen die Besitzvortheile aus der Person des Cridars, und also durch einen Umweg doch zu Gute kommen. Eine Detention haben die Gläubiger aus ihrer eigenen Person; da sie aber zugleich die Rechte der possessio des Cridars haben, so ist es in der That gleichgültig, ob man ihnen schon aus der Detention ein Besitzrecht beilegt, namentlich die Spolienklage [2].

B. Einzelne Befugnisse.

§. 57.

Im Einzelnen betrachtet sind die Befugnisse der Gläubiger folgende: A) in Rücksicht der Papiere des Cridars das Recht dieselben einzusehen, ein Verzeichniß davon aufzunehmen, und allenfalls auch eine Abschrift zu verfertigen [3]; während im heutigen Concurse dem Schuldner die Papiere ganz abgenommen, und bis zu Ende des Concurses von den Gläubigern oder dem Gerichte verwahrt werden, das Recht der Creditoren also erweitert ist. Besonders wichtig ist hier bei Geschäftsleuten das Recht der Gläubiger auf Einsicht der Memorialbücher, Geschäftsjournale, Handelsbücher. B) In Rücksicht der Güter: 1) das Recht vom Schuldner, in Folge seiner allgemeinen Pflicht Auskunft zu ertheilen (§. 30. No. 2.), eine Angabe seines Vermögens, und zur Sicherheit gegen Verheimlichung den Manifestationseid [4] zu fordern, welcher im Römi-

1) l. 3. §. 23. l. 10. §. 1. D. de adq. poss. (41 2.) l. 3. §. 8. D. uti poss. (43. 17.)

2) Dafür ist Wernher Obs. VII, 86.

3) l. 15. pr. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

4) Claproth §. 314.

schen Rechte nur bei dem Erben erwähnt wird, wenn er die weitere Zulänglichkeit der Masse zur Bezahlung von Schulden aus Vermächtnissen läugnet 1), aber bei uns auch hinsichtlich des Schuldners selbst nachgeahmt ist, und dahin geleistet wird, daß der Cridar nichts abhanden gebracht habe, für jetzt nichts weiter anzugeben wisse, und wenn er noch etwas entdecke, getreulich anzeigen wolle. Auf Verdachtsgründe kommt es nicht an; eine Wiederholung des Eides gilt aber nur bei Fehlern der Ableistung 2), außer welchem Falle sie sogar zwecklos ist, weil der Schuldner den zweiten Eid gewiß nicht höher achtet, als den ersten. Verweigerung des Eides zieht Inhaftirung und bei dem Eide begangene Unwahrheit eine Criminalstrafe nach sich. Von der Ehefrau, den Kindern und anderen Hausgenossen wird der Eid nur im Falle des Verdachts geleistet. 2) Das Recht auf Exmission des Schuldners, um die Masse ihrer eigenen custodia zu unterwerfen. 3) Das Recht die Masse auf das Einträglichste zu nutzen 3), entweder durch Administration für eigene Rechnung, oder durch Verpachtung an Andere. In dieser Beziehung geschlossene Contracte muß sich der Schuldner auch nach aufgehobenem Concurse gefallen lassen, denn die Gläubiger haben an dem, was zur Masse gehört, das nämliche Verfügungsrecht wie der Schuldner, also auch auf so lange, als dieser 4). 4) Das Recht, die veräußerlichen Stücke der Masse zu verkaufen; wobei die Gläubiger nach dem gemeinen Rechte zwischen dem öffentlichen Verkaufe und dem aus der Hand die Wahl haben 5), wenn gleich der Richter dem

1) l. 22. §. 10. C. de jure delib. (6. 30.) Nov. 1. c. 2. §. 1.

2) Wernher Obs. VII, 8.

3) l. 8. §. 1—3. D. de reb. auct. jud. poss.

4) v. Bülow's und Hagemann's Pr. Erört. III, 5.

5) Pufendorf Obs. III, 69.

ersten, als dem mehr gewöhnlichen, regelmäßigen und sicheren, so lange den Vorzug geben muß, als nicht alle Gläubiger über den anderen einstimmig sind. Schon das Römische Recht schreibt bei Verkäufen durch den Fiscus eine vorgängige Taxation der Sache vor [1]), zur Controlle der fiscalischen Beamten und zur Einladung von Käufern; und bei uns pflegt dies viel allgemeiner befolgt zu werden. Auch ist es bei Grundstücken gewöhnlich, nach abgehaltenem ersten Licitationstermin noch einen zweiten und selbst dritten zu versuchen, wiewohl in diesem die Gläubiger zu jedem Preise verkaufen dürfen. Die Gläubiger selbst können als Käufer auftreten; sie haben sogar das Vorkaufsrecht, wobei der Gläubiger mit der größeren Summe dem mit der geringeren vorgeht [2]). Nach den Gläubigern genießen auch die Blutsfreunde den Vorkauf [3]); wobei nach der Analogie anderer Institute wahrscheinlich Vorzug der Gradesnähe galt, ohne daß dies ausdrücklich ausgesprochen ist. Durch den Verkauf verlieren sowohl der Cridar als die Gläubiger ihre Rechte; blos wenn der Verkauf Mängel hat, welche denselben auch in jedem anderen Falle ungültig machen würden, sind die Creditoren, und nach beendigtem Concurse auch der Cridar, zur Anfechtung befugt [4]); nur die wegen Verkürzung über die Hälfte dürfte man im Falle einer gerichtlichen Versteigerung nicht leicht erlauben [5]). Rathsam ist, daß die Creditoren gegen den Käufer bis zur Zahlung das Eigenthum vorbehalten, oder sonst Sicherheit bestellen lassen, denn gesetzlich haben sie im Concurse des Käufers weder ein Vindicationsrecht, noch sonst eine vor-

1) l. 16. C. de resc. vend. (4. 44.)

2) l. 16. D. de reb. aut. jud. poss.

3) l. 16. cit.

4) Salgado de Somoza III, 10. no. 1—6.

5) Mein Röm. Privatr. §. 422.

zügliche Priorität [1]). Kommen in der Masse fremde, oder mit Rechten anderer behaftete, Sachen zum Verkauf, so ist der Käufer wegen des bloßen Kaufs in Folge gerichtlicher Versteigerung noch nicht gedeckt [2]), als etwa nach der Meinung Einiger gegen die Verfolgung von Hypotheken [3]); desto wichtiger ist, daß der Käufer durch Ladung aller Berechtigten an der Sache mittelst der Edictalladung (§. 113.), oder des der Versteigerung vorangehenden Proclams (§. 124.) gesichert werde. Wird hierdurch die Eviction nicht abgewandt und ist dem Käufer der Regreß wegen Eviction nöthig, so kann er sich nicht an die Gläubiger halten, vorausgesetzt daß diese nicht ausdrücklich die Evictionsleistung versprachen, daß sie die Eigenschaft der Sache, als einer dem Cridar gehörigen, nicht verheimlichten, und daß sie mit dem fremden Rechte unbekannt waren, sondern allein an den Cridar [4]). Der Käufer kann sich wegen der Evictionsleistung nicht einmal in dem gegenwärtigen Concurse melden, da seine Forderung erst nach dessen Eröffnung entsteht. Wollte man auf die Billigkeitsrücksicht eingehen, daß die Gläubiger das Kaufgeld beziehen und insofern in einer anderen Lage sind, als der Procurator, der Vormund, der Richter in der Executionsinstanz, so würde daraus doch nur Herausgabe des Kaufgeldes, als einer Masseschuld, aber keine Evictionsleistung folgen. Der nicht präcludirte Eigenthümer der von den Creditoren verkauften Sache kann übrigens unbedenklich die Eviction gegen den Käufer unterlassen und statt dessen von den Gläubigern, als negotiorum gestores, die Entrichtung des

1) Dabelow S. 362 flg.

2) Salgado de Somoza III, 10. no. 15.

3) Leyser Sp. 239. Hommel Rhaps. 339.

4) arg. l. 1. 2 C. credit. evict. pign. non deb. (8. 46.) Salgado de Somoza III, 10. no. 16. 17.

erhobenen Kaufgeldes aus dem Grunde einer Masseschuld fordern [1]). Wegen Fehler der Sache, wegen Verkürzung über die Hälfte u. s. w. wird der Käufer im Falle einer gerichtlichen Versteigerung nicht leicht gehört werden [2]); am wenigsten gegen die Gläubiger selbst, da die Analogie dessen, was von der Eviction gilt, die Regreßnahme, wenn sie überhaupt zugelassen wird, nur gegen den Schuldner gestattet. — Zur Vertheilung der Masse unter sich sind die Creditoren nicht berechtigt [3]); blos wenn Niemand ein angemessenes Gebot thun will, darf der Richter zu dem von Taxatoren bestimmten Preise, ganz wie bei Pfändern, den Zuschlag ertheilen [4]). Bei ausstehenden Forderungen ist der Zuschlag unter dem Belauf wohl Ueberschreitung des Befriedigungsrechts aus der Masse, so daß, was der Gläubiger dereinst mehr empfängt, als er zu fordern hat, an die Masse oder den Schuldner zu restituiren ist.

C. Verpflichtung zum Schadensersatz und Anspruch auf Verwendungen.

§. 58.

Für die Römische Immission ist bestimmt, daß wenn die Gläubiger dem Schuldner einen Schaden zufügen, namentlich auch dadurch, daß sie die Masse nicht einträglich zu machen suchen [5]), sie nur für dolus und lata culpa haften [6]); auch alle ihre Auslagen von der Masse vorabziehen, und von dem Schuldner ersetzt verlangen dürfen,

1) l. 19. C. de neg. gest. (2. 19) l. 3. C. de R. V. (3. 32.)

2) Mein Röm. Privatr. a. a. O.

3) l. 4. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.)

4) arg. l. 3. §. 2. 3. C. de jure dom. imp. (8. 34.) Mein Röm. Privatr. II, 335.

5) l. 9. §. 6. D. de reb. aut jud. poss. (42. 5.)

6) l. 9. §. 5. D. eod.

und zwar ohne Rücksicht auf den Erfolg, sobald sie nur den Aufwand bona fide machten [1]). Nach dem Gesichtspunkt, daß der Schuldner durch seine eigne Handlung den Gläubigern in die Hände fällt und sich die fremde Verwaltung selbst zuzurechnen hat, würde diese Begünstigung der Gläubiger auch noch jetzt als gültig angenommen werden müssen; obgleich die Schriftsteller über den Concurs diesen Punkt nicht zu berühren pflegen.

II. Verhältniß der Creditoren zu Dritten.

A. Aus der Repräsentation des Cridars [2]).

1. Allgemeiner Gesichtspunkt.

§. 59.

Das Verhältniß der Creditoren zu Dritten kann sich aus der Person des Cridars und aus der eigenen Person der Gläubiger herschreiben. Das Verhältniß der ersten Art gründeten die älteren Juristen auf eine Universalsuccession der Creditoren in das Vermögen des Schuldners nach Art der Altrömischen venditio bonorum; die neueren mehr auf eine Singularsuccession; allein die ganze Idee von einer Succession ist irrig, da die Gläubiger nicht Eigenthümer der Masse werden; vollends aber die einer Universalsuccession, weil keine Capitisdeminution des Schuldners zum Grunde liegt, und weil die Gläubiger keine Schulden entrichten, auch nicht bis auf den Bestand der Masse [3]). Der richtige Gesichtspunkt ist vielmehr, daß die Gläubiger Repräsentanten des Cridars sind, aber zum eigenen Vortheile und zum Zweck ihrer Befriedigung. Am passendsten ist

1) l. 9. §. 4. D. eod.
2) Dabelow S. 708 flg.
3) Dabelow S. 715 flg.

der Ausdruck Assignatare, nur daß die Gläubiger dem Schuldner aufgedrungene Assignatare sind. Will man sie procuratores in rem suam nennen, so ist auch noch die Verschiedenheit, daß sie nicht, wie andere Procuratoren dieser Art, mit dem Gegenstande des Auftrags willkührlich verfahren dürfen. Die Gläubiger sind aber nur active Repräsentanten in Rücksicht der Rechte des Cridars, keine passiven, in Rücksicht seiner Verbindlichkeiten, so daß Jeder, welcher seine Befriedigung fordert, zwar Zulassung zu der Genossenschaft verlangen, aber nicht diese als seinen Schuldner belangen kann [1]), weil gar kein Grund ist, warum einige Gläubiger ihre Befriedigung als Theilnehmer des Concurses suchen müßten, andere sich an die Gläubiger selbst halten könnten, und weil auch die beklagten Gläubiger immer das nämliche Recht gegen die klagenden verfolgen und dadurch jede Befriedigung auf diesem Wege vereiteln würden [2]). Nur in Rücksicht der Masselasten gilt passive Repräsentation (§. 42.); ferner in Rücksicht solcher actiones in personam, welche, wie z. B. actio communi dividundo, finium regundorum, aquae pluviae arcendae, interd. quod vi aut clam, insofern letzteres nur auf Gestattung der Wegnahme des opus geht, mehr auf Ausgleichung der Rechte, als auf Belästigung mit einer Verbindlichkeit gerichtet sind; endlich noch in Rücksicht der vom Cridar über die Früchte seiner Sache geschlossenen Contracte, in dem unten näher zu bestimmenden Umfange (§. 62.). Wegen der fehlenden passiven Repräsentation paßt auch nicht einmal der Ausdruck universelle, sondern nur

1) l. 5. D. de curat. bon. dando. (Julianus lib. 47. Dig.) verb. mox exstiterit alius, qui se creditorem dicat: nullam quidem actionem adversus creditorem habebit, sed bona debitoris una cum curatore vendere poterit. l. 5. D. de stip. praet. (46. 5.)

2) Kind Quaest. for. II, 5.

activ universelle Repräsentanten. Da, wo die Creditoren die Rechte des Cridars gegen Dritte geltend machen, ist es ein wichtiger Gesichtspunkt, daß sie immer nur als Stellvertreter des Cridars handeln, nicht mehr Rechte haben, als dieser, und sich alle Einrede aus dessen Person gefallen lassen müssen [1]; daher nichts unrichtiger seyn würde, als die Rechte eines neuen Eigenthümers, namentlich den Grundsatz: „Kauf bricht Miethe" zum Besten der Concursgläubiger anzuwenden.

2. Ausführung der einzelnen Folgen.

a. Einforderung der in fremden Händen befindlichen Sachen.

§. 60.

Vermöge der activen Repräsentation haben die Gläubiger zuvörderst das Recht der Einforderung aller in fremden Händen befindlichen Sachen des Cridars, mittelst dessen dinglicher und persönlicher Klagen auf Herausgabe. Ist der Besitzer die Sachen aus irgend einem Grunde zu retiniren befugt, so sind Einige für Fortdauer des Retentionsrechtes im Concurse [2], Andere, selbst solche, welche das qualificirte Retentionsrecht der Faustpfandgläubiger (§. 47.) fortdauern lassen, für die Aufhebung [3]. Da die Concursgläubiger nur das Recht des Cridars haben und allen Einreden aus dessen Person unterworfen sind, so folgt die Richtigkeit der ersten Meinung schon ganz von selbst. Die dagegen angeführte Uni-

1) Pufendorf Obs. III, 186.

2) Mevii Dec. III, 255. V, 212. VIII, 159. 160. G. L. Boehmer de jure retent. §. 19. (El. jur. civ. Tom. 2.) Hach's Pr. Beitr. IV, S. 97.

3) Salgado de Somoza I, 11 no. 1—93. Gmelin v. mat. Conc. §. 28. Kind Quaest. for. II, 4. P. 62 seq. Dabelow S. 682 flg.

versalität, und anziehende Kraft des Concurses sind blos doctrinelle Begriffe, woraus man nichts folgern kann, was sich nicht schon ohnehin beweisen läßt (§. 11.). Eben so hat die hier oft angeführte par conditio creditorum einen sehr speciellen, über die vorliegende Frage gar nicht entscheidenden, Sinn (§. 11.). Auch daß dem Gemeinwohl aller Gläubiger von Einzelnen ein Opfer gebracht werden müsse, ist im Concurse, wo es sich nicht um das Beste des Staats, sondern einzelner Privaten handelt, und nicht publicistische, sondern privatrechtliche Grundsätze die Richtschnur abgeben, ein wahrhaft lächerliches Argument. Einige gehen einen Mittelweg und geben den Gläubigern das Recht, den Retinenten ihrer Aufsicht zu unterwerfen [1], von ihm den Verkauf [2], und gegen Versicherung der Befriedigung aus dem Werthe sogar die Abtretung der Sache zu verlangen [3]; allein auch die geringeren Arten des Rechtseingriffes bleiben stets ein nicht zu rechtfertigendes Unrecht; vollens wird bei der Einlieferung an die Masse die Möglichkeit einer Veräußerung zur Unzeit, der größere Kostenaufwand, das unvermeidliche Warten im Concurse, viel zu wenig bedacht. Ein Verkauf der Sache von Seiten der Masse, insofern diese oder der Käufer den Retinenten zuvor auslöset, ist allerdings zulässig [4]. Auch folgt aus der Natur des heutigen Concurses, an welcher die Pfandgläubiger Theil nehmen, daß alle mit Hypotheken behafteten Stücke der Masse nur wegen eines solchen Retentionsrechtes, was auch Pfandgläubiger trifft, zurückgehalten werden dürfen, z. B. wegen Verwendung; aber

1) Mevii Dec. III, 255. IV, 87.

2) Mevii Dec. IV, 346.

3) Mevii Dec. IV, 307. G. L. Boehmer de jure retent. §. 21. (El. jur. civ. Tom. 2.) Gönner §. 10.

4) arg. l. 6. pr. D. de pign. act. (13. 7.) l. 15. §. 5. D. de re judic. (42. 1.)

nicht wegen einer Zusage des Cridars, wegen noch nicht geendigten Gebrauchs; insofern nun fast bei jedem Concurse Generalpfandgläubiger vorkommen, erleidet das Retentionsrecht allerdings eine sehr wichtige Beschränkung, besonders mit Rücksicht auf die richtige Meinung, daß das beneficium excussionis des dritten Besitzers der verpfändeten Sache mit dem Concurse erlöscht (§. 53.). Nimmt man die Aufhebung des Retentionsrechtes allgemein an, so muß man dasselbe auch dem Advocaten und Procurator des Cridars in Rücksicht der in ihren Händen befindlichen Papiere, namentlich in Rücksicht der Manualacten, versagen [1]. Daß übrigens jeder Besitzer, welcher um die Retention gebracht wird, Concursgläubiger werden könne, ist unbezweifelt.

b. Einhebung ausstehender Forderungen.

§. 61.

An ausstehenden Forderungen des Cridars haben die Gläubiger das Recht der Einhebung; aber nicht bevor die Forderung fällig ist [2], wenn sich nicht der Schuldner freiwillig zu früherer Zahlung versteht, etwa gegen Anrechnung des interusurium. Zahlung an den Cridar vor Ausbruch des Concurses befreiet den Schuldner, selbst im Falle des dolus gegen die Gläubiger, denn die Paulianische Klage der Gläubiger gilt nur gegen Handlungen des Cridars, nicht dessen Schuldners; mit eröffnetem Concurse erlangen die Gläubiger ein Befriedigungsrecht an der Forderung, was durch Zahlung an einen Anderen, als an sie, nicht vereitelt werden kann; weiß indessen der Schuldner noch nicht von dem Concurse (§. 31.), so gilt

1) v. Bülow's und Hagemann's Pract. Erört. I, 70.

2) l. 1. C. de cond. ex lege. (4. 9.)

noch immer ein gleiches Befreiungsrecht durch Zahlung an den Cridar, wie bei einer dem debitor cessus unbekannten Cession durch eine Zahlung an den Cedenten [1]). Hat der Schuldner eine Gegenforderung [2]), so kann er sie zur Compensation gebrauchen, selbst wenn er sie blos zu diesem Zwecke von Anderen erhandelte; geht indessen die Gegenforderung nicht gegen die Gläubiger selbst, in welchem Falle sie immer zeitig erworben wird [3]), so muß dieselbe, wenn die Forderung einzelnen Gläubigern verpfändet ist, im Augenblick der Verpfändung [4]), wenn sie nicht verpfändet war, im Augenblick der Eröffnung des Concurses, und wenn sie erst nach Ausbruch des Concurses zur Masse kam, in diesem Augenblick, vorhanden seyn [5]); denn von da an, daß die Gläubiger das Befriedigungsrecht an der Forderung erlangen, und dem Schuldner dies bekannt wird (§. 31.), nützen demselben keine gegen den Cridar erworbenen Einreden mehr; und ist es daher für den Schuldner ganz vergeblich, sich nach Eröffnung des Concurses von einem der Gläubiger Forderungen zum Zweck der Compensation zu erhandeln [6]). Ist die Gegenforderung bei Eröffnung des Concurses nur nicht fällig, so half sich im Römischen Concurse der Schuldner gegen den emtor bonorum durch eine Compensation unter dem Namen der deductio [7]); seitdem diese aus dem Justinianeischen Rechte verschwunden ist, muß der Schuldner freilich vorerst zahlen, er kann sich aber die Restitution bedingen und deshalb Sicherheit leisten lassen [8]), und, wenn die Gegenforderung

1) Wernher Obs. VI, 351.
2) Dorn de comp. in conc. credit. Kil. 1754. §. 34 seq. Dabelow S. 685 flg.
3) Dabelow S. 706.
4) Weniger streng ist Dabelow S. 690 flg.
5) Strenger ist Dabelow S. 687. Not. x.
6) Dabelow S. 688 flg.
7) Gajus IV, 66 seq. Meine Rechtsgesch. §. 592.
8) Mein Röm. Privatr. I. §. 187. No. 1. b.

fällig wird, das Ausgezahlte als Massegläubiger zurückfordern [1]). Daß die Gegenforderung zu einer Anmeldung und Befriedigung im Concurse nicht geeignet ist, schließt ihren Gebrauch zum Zweck der Compensation allein nicht aus [2]). Unter mehren Gegenforderungen steht die Auswahl, wie außer dem Concurse, dem Schuldner zu [3]). Ist der Pachter des Cridars Pachtgeld schuldig, hat aber noch Vorstandsgelder zu fordern und der Contract ist schon zu Ende gegangen, oder die Gläubiger setzen denselben nicht fort, so gilt nach erfolgter richtigen Ueberlieferung des Pachtstücks die Compensation, weil durch die Vorstandsgelder keine künftige Verbindlichkeit mehr zu sichern ist. Der hiergegen gemachte Einwand, als sey der Pachter wegen des Vorstandes Gläubiger des Cridars und müsse als solcher im Concurse profitiren, würde in der That jedes Compensationsrecht vernichten; eben so liegt in dem Einwande, die Rückzahlung des Vorstandes werde nicht eher fällig, als bis auch der letzte Pachttermin bezahlt sey, eine reine Subtilität gegen den bekannten Grundsatz, daß nichts gezahlt zu werden braucht, was man sofort zurückfordern kann; auch würde durch Anwendung dieser Subtilität nur die Folge entstehen, daß sich der Pachter die Zurückzahlung bedänge, deshalb Sicherheit verlangte und gleich darauf die Restitution als Massegläubiger forderte. Setzen die Gläubiger den Contract fort, so gilt keine Compensation; aber die Gläubiger müssen die Vorstandsgelder als einen unzertrennlichen Theil des Contracts mit übernehmen, und demnächst als Masseschuld berichtigen [4]).

1) Hach's Beitr. IV. S. 102.
2) Dabelow S. 697.
3) Dabelow S. 699.
4) Ueber die versch. Meinungen Anderer s. m. Dabelow S. 695 flg. Karsten über die Verhältnisse eines Pachtinteressenten zu den Concursgl. Hamburg 1809. S. 32 flg.

c. Eintritt in die vom Cridar eingegangenen, noch nicht beendigten, Contracte.

§. 62.

Abgesehen von denjenigen Geschäften, welche durch Ausbruch des Concurses für die Zukunft aufgehoben werden (§. 34.), haben die Gläubiger in Contracte des Cridars, welche noch nicht beendigt sind, das Recht des Eintritts [1]; und ist es ganz willkührlich, daß wer dem Cridar verpachtet habe, dessen Creditoren nicht auszuhalten brauche [2], was sich höchstens nur vom Fiscus behaupten ließe [3]; imgleichen daß wer sich für eine Gegenleistung vom Cridar Alimente bedungen habe, diese nicht von den Creditoren zu nehmen brauche [4]. Doch fordert als eine Bedingung des Eintritts der andere Contrahent von den Gläubigern, was der Cridar zu leisten hatte [5], weshalb man dem Anderen die Retention seiner Leistung, als an eigenen, nicht an Masseobjecten vorkommend, allgemein zugesteht; indessen genügt auf Seiten der Gläubiger bei allen nicht momentanen Contracten, um in selbige für die Zukunft einzutreten, die Erfüllung für die Zukunft, also z. B. bei Pachtungen des Cridars Zahlung des künftigen Pachtgeldes, während wegen des Rückstandes der Verpachter nur Concursgläubiger ist. So wie die Creditoren in den Contract eintreten können, so dürfen sie denselben auch an Andere überlassen, z. B. das vom Cridar verpachtete Grundstück mit der vortheilhaften Pacht verkaufen, oder auch das vom Cridar vortheilhaft gepachtete Grundstück in

1) Dabelow S. 711 flg.

2) A. M. ist G. L. Boehmer de jure circa cond. orto conc. (El. jur. civ. Tom. 1.)

3) l. 2. C. de fund. rei priv. (11. 65.)

4) A. M. ist Dabelow S. 374 flg.

5) Kind Quaest. for. II, 8. Pag. 64 seq. Dabelow S. 684. Not. t.

Afterpacht geben, müssen aber immer dem Contrahenten des Cridars gegenüber für die richtige Erfüllung aufkommen. Verpflichtet zum Eintritt sind die Gläubiger nicht, und der Bestand des Geschäfts hängt, wie so oft [1]), blos von dem Willen des einen Theils ab, als nothwendige Folge der den Gläubigern nicht aufliegenden passiven Repräsentation (§. 59.) [2]); sie brauchen daher weder die vom Cridar bedungenen Sachen gegen Zahlung anzunehmen, noch die von ihm versprochenen abzuliefern [3]), ohne daß die an den Cridar bereits geleistete Zahlung daran etwas zu ändern vermag; und bleibt dieser vergeblichen Zahlung wegen dem schadenleidenden Theile nichts anderes übrig, als Concursgläubiger zu werden. Erst wenn der Cridar abgeliefert hatte, kann sich der Empfänger durch den bereits gemachten Erwerb des Eigenthums, oder, bei temporairer Gebrauchsüberlassung, durch das Retentionsrecht gegen Aufhebung des Contracts schützen. Nach einer sehr bekannten, aus Billigkeitsrücksichten geflossenen, Stelle, vielleicht auf der eigenen Vorschrift des Edicts beruhend [4]), sollen die creditores in possessionem missi bei Nutzung der Güter während der Dauer der Immission, wenn schon der Schuldner selbst Pacht- oder Kaufcontracte über

1) Mein Röm. Privatr. §. 412. a. E.

2) Archiv für d. Handelsr. Th. 2. No. 14. (Hamb. 1820.)

3) Joh. God. Bauer de creditore speciei in conc. cred. tradit. frustra petente. (Opusc. Tom. 1. no. 37.)

4) l. 8. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. (Ulpianus lib. 61. ad Ed.) Si quis fructus ex praedio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem missus est, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, si ante neque venierit, neque locatus erit: nam si jam a debitore vel locatus erat, vel venierat, servabit Praetor venditionem et locationem a debitore factam, etsi minoris distractum est vel locatum: nisi si in fraudem creditorum hoc fiat: tunc enim Praetor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant.

die Früchte ohne betrügliche Absicht schloß, dieselben übernehmen, und selbst den noch nicht übergebenen Gegenstand ausliefern, wahrscheinlich damit der Schuldner der drückenden Verbindlichkeit des Schadensersatzes an den Gegner überhoben werde. Die Anwendung dieser Vorschrift auf den heutigen Concurs ist allerdings zweifelhaft [1]), da in demselben Pfandgläubiger vorkommen, welche an keine Contracte des Schuldners über das Pfand gebunden sind; will man sie aber machen, so geht doch die ganze Vorschrift 1) nur auf Contracte über die Früchte, nicht über die Sache selbst, 2) nur auf den Fall, daß der Cridar der Verpachter und Verkäufer, nicht umgekehrt der Pachter oder Käufer ist, 3) nur auf die Zeit bis zum Verkauf der Güter; auf keinen Fall enthält also die Stelle eine irgend beträchtliche passive Repräsentation, und keine allgemeine Verbindlichkeit zum Eintritt in die Contracte des Schuldners [2]).

B. Aus ihrer eigenen Person.

1. Rechte gegen Dritte.

§. 63.

Zu den Ansprüchen, welche die Gläubiger gegen Dritte als active Repräsentanten des Cridars haben, können dergleichen auch noch aus ihrer eigenen Person hinzukommen. Außer dem schon oben ausgeführten Revocationsrechte aller zum Nachtheile der Gläubiger unternommenen Handlungen des Cridars (§. 33.), imgleichen der Verfolgung aller an die Masse übergehenden hypothecarischen

1) Joh. God. Bauer an creditores rem immob. a debitore obaerato vend. et trad. revocare possint. (Opusc. Tom. 1. no. 40. pag. 425) Kind Quaest. for. II, 5. Karsten über die Verhältnisse eines Pachtinteressenten zu den Concursgläubigern. Hamb. 1809. S. 26 flg.

2) Dabelow S. 709 flg.

Rechte einzelner Gläubiger (§. 47.), gehören dahin die Ansprüche aus Geschäften, welche erst die Gläubiger mit Anderen eingehen. Die Schuldner heißen hier Masseschuldner im Gegensatz der debitores cridarii; zu welchen ersteren unter anderen auch diejenigen, welche aus der Masse kaufen oder miethen und dafür das Kauf- oder Miethgeld schulden, zu rechnen sind. Als Schuldner der Creditoren können sie zwar wohl mit einer Forderung gegen diese [1]), aber nicht mit einer Forderung gegen den Cridar compensiren [2]); ausgenommen wenn sie sich als Concursgläubiger gemeldet haben, ihrer Befriedigung sicher entgegensehen können, und schon jetzt in der Lage sind, dieselbe nach den unten (§. 85.) zu bestimmenden Voraussetzungen fordern zu können [3]).

2. Verpflichtungen gegen Dritte.

§. 64.

Sind gleich die Creditoren den Verpflichtungen des Cridars nicht unterworfen, so können doch bei ihnen selbst dergleichen ihren Anfang nehmen. Die Gläubiger heißen hier Massegläubiger und entstehen besonders: 1) wenn die Creditoren die Contracte des Cridars übernehmen; 2) wenn die Creditoren selbst neue Contracte schließen; 3) wenn Jemand Auslagen zum Besten der Gläubiger (ad promovendam massam) macht; daher auch wer eine zur Masse gehörige Sache in Händen hat, wegen des nach Ausbruch des Concurses gemachten Aufwandes, Massegläubiger ist. Während andere Massegläubiger ihre Ansprüche nur auf den Besitz von Seiten der Creditoren gründen

1) Dabelow S. 707.

2) Wernher Obs. VIII, 253. Tom. 3. II. 255. Dabelow S. 705 flg.

3) Wernher Obs. Tom. 3. II. 255.

(§. 42.), leiten diese hier ihr Recht aus einem die Creditoren verbindenden obligatorischen Factum ab; zwar muß auch hier zunächst die Masse zahlen, was für diejenigen Gläubiger, welche gar nicht zur Perception kommen, von Wichtigkeit ist, reicht aber die Masse nicht hin, so müssen sämmtliche Creditoren Zuschuß leisten, und zwar jeder zu seinem Antheil nach Maaßgabe der Größe der im Concurse prositirten Forderung. Zuschüsse dieser Art lassen sich übrigens nur als eine Verpflichtung der Concursgläubiger, aber niemals der Vindicanten und der Massegläubiger denken, weil der Concurs blos ein Zustand zum Besten der Concursgläubiger, nicht der beiden anderen Arten von Berechtigten ist.

III. Verhältniß des Corps der Gläubiger zu den einzelnen Mitgliedern.

§. 65.

Auf das Verhältniß des Corps der Gläubiger zu dem Cridar und zu Dritten folgt noch das gegen **Einzelne aus ihrer Mitte**. Der Einzelne ist nämlich verpflichtet allen der Genossenschaft verursachten Schaden zu ersetzen, aber wohl nur den durch Begehung, nicht durch Unterlassung, denn da kein Societätscontract zum Grunde liegt, so kann dem Einzelnen auch nicht der nur in Contractsverhältnissen anwendbare positive Fleiß obliegen; auch der Grad des zu prästirenden Verschuldens ist nach dem Edict über Immission, namentlich auch wegen der unvortheilhaften Nutzung der Masse [1]), nur **dolus** und **lata culpa** [2]). Umgekehrt werden dem Einzelnen die Auslagen ersetzt, und zwar nach dem Edict über Immission ohne

1) l. 9. §. 6. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

2) l. 9. §. 5. D. eod.

Rücksicht auf den Erfolg, sobald sie nur bona fide aufgewandt sind [1]). Grundsätze, welche nicht blos im Verhältniß der Creditoren zum Cridar (§. 58.), sondern auch des Einzelnen zu den übrigen Gläubigern gelten [2]). Wegen des zugefügten Schadens ist der Einzelne Masseschuldner; wegen seiner Auslagen Massegläubiger.

Zweiter Absatz.

Von den einzelnen Gläubigern.

§. 66.

Handelt es sich nicht mehr von Zusammenbringung und Berichtigung der Masse, sondern von Verwendung des Erlöses zum Zweck der Befriedigung der Creditoren, so erscheinen diese als Einzelne, und zwar so viele als Forderungen, nicht als Köpfe vorkommen. Jeder disponirt hier über seine Forderung für sich, ohne daß die Gesammtheit dem Einzelnen das Mindeste vergeben kann. Was sich von Rechtsgrundsätzen über das vorliegende Verhältniß zusammenstellen läßt, bezieht sich: 1) auf die Classification der Gläubiger; 2) auf deren Befriedigung.

I. Classification der Gläubiger [3]).

§. 67.

An sich würden alle Gläubiger einander gleich stehen

1) l. 9. §. 4. D. eod.

2) l. 9. §. 3. D. eod.

3) Von den Schriftstellern über die Classification im Concurse sind hier etwa zu nennen: a) Gmelin Ordn. d. Gläub. im Gantproc. 4te Ausg. Ulm 1793. Cap. 2--6. Das Werk enthält Materialien, ist aber sonst sehr unwissenschaftlich. b) Runde de hist. et ind. remed. secur., quib. prosp. est credit. Goett. 1794. Eine Schrift von bleibendem Werthe. c) Dabelow Cap. 8. 11. 21. Etwas, aber nicht viel, über dem zuerst gedachten Werke stehend. d) Frister de priv. cred. person. Goett. 1804. Für das privilegium exigendi vorzüglich. — Bei den nachfolgenden Citaten dieser Schriftsteller sind die hier angeführten Schriften gemeint.

und pro rata ihrer Forderungen befriedigt werden, wenn nicht durch mancherlei positive Vorzugsrechte Abweichungen entständen. Nach einer vernünftigen Gesetzgebung kann bei chirographarischen Forderungen dem Alter kein Vorzugsrecht zukommen, weil man im Verkehr auf diese Eigenschaft kein Gewicht legt, und, so lange alles auf schnelle Realisirung berechnet ist, alte Schulden sogar ein Vorurtheil gegen sich haben; erst wenn die Forderung durch eine dafür eingetretene Verpfändung einen bleibenden Character erlangt, würde das Alter des Pfandrechts entscheiden, daneben aber und selbst mit dem Vorrang vor dem Alter würden die Faustpfänder, die ingrossirten Hypotheken und die Pfandrechte wegen Credits zum Nutzen einer bestimmten Sache, allenfalls auch die einem Geschäftsmanne unter Hypothekbestellung gegebenen Geschäftsfonds, eine privilegirte Befriedigung zu genießen haben. Das positive gemeine Recht ist aber von diesen Grundsätzen mannichfaltig abgewichen, da es auf der einen Seite den angedeuteten Gesichtspunkten des Vorrangs nicht genug Rücksicht widerfahren läßt, indem z. B. Faustpfänder nach gemeinem Rechte keinen Vorzug genießen, auf der anderen Seite aber die Erlangung von Vorzugsrechten an zu leichte Bedingungen knüpft, auch an zu bedeutungslose Formen, so daß es vom Zufall abhängt, ob ein Gläubiger darauf verfällt und sich dadurch den Vorrang verschafft, wie z. B. beides hinsichtlich der Generalhypothek der Fall ist. Bleibt nun gleich der practische Jurist in der Rechtsanwendung dem einmal gegebenen Rechte unterworfen, so hat er sich doch sehr zu hüten, durch Anwendung von Analogien die Fehler des positiven Rechts noch zu vergrößern; insbesondere aber nicht zu vergessen, daß jeder Erweiterung von Vorzugsrechten stets das

wohlbegründete Recht eines Anderen geopfert wird. Gleichwohl haben sich die Practiker aus üblem Billigkeitsgefühle von jeher durch Erfindung zahlloser unnatürlicher Vorzugsrechte ausgezeichnet (z. B. §. 78.), welche Verschwendung sich am Ende dadurch selbst rächte, daß nun alle Forderungen privilegirt wurden und eben deshalb das Privilegium keinen Nutzen mehr hatte [1]). — Schon in manchen anderen, als den Concursverhältnissen, z. B. bei Ingrossirung von Hypotheken, kann der Vorzug unter den Gläubigern zu bestimmen seyn, allein die Veranlassung zu einer allgemeinen vollständigen Classification findet sich nur im Concurse der Gläubiger. Bereits bei den Römern gab es zwei Classen, eine für die Gläubiger mit einem privilegium exigendi, und eine für die ohne Privilegium; aber auch nicht mehre, namentlich keine für die Pfandgläubiger (§. 47.), denn machten diese ihr Pfandrecht geltend, so waren sie nicht mehr Theilnehmer des Concurses, und verfolgten sie dasselbe nicht, so war kein Grund zur Unterscheidung von anderen chirographarischen Gläubigern. Seitdem aber im heutigen Concurse die hypothecarischen Gläubiger die Verfolgung ihres Pfandrechts aufgeben mußten, dafür aber natürlich ihre Befriedigung vor den chirographarischen erlangten (§. 47.), so kamen zu den beiden Römischen Classen noch zwei andere Classen, eine für die privilegirten und eine für die simplen Pfandgläubiger, hinzu. Dazu kommt noch in Folge des späteren Gerichtsgebrauchs ein ganz neues, absolutes, privilegium exigendi an sich blos chirographarischer Forderungen, nach welchem man einige wenige von diesen aus Mißverständniß des Römischen Privilegiums der Leichenkosten und aus Achtung vor den Aussprüchen der Bibel

1) Hoch Mag. f. d. Conc. II, 6.

den hypothecarischen in einer ganz neu erfundenen ersten Classe noch voranstellte, ohne sich durch die mit dem Römischen Concurssystem ganz unmögliche Vereinigung einer solchen Zusammenstellung [1]) im Geringsten irren zu lassen. So entstanden nach dem Vorgange der Sächsischen Proceßordnung [2]) die heutigen fünf Classen, wovon die 4te und 5te ganz Römisch sind, die 2te und 3te auf dem Römischen Vorzuge des Pfandrechts vor der chirographarischen Schuld beruhen, und nur die 1ste Classe rein späteren Ursprungs ist. Die Ordnung nach 5 Classen ist die gewöhnlichste; doch werden auch wohl Unterabtheilungen zu eigenen Classen gemacht, und umgekehrt mehre Classen zu einer verbunden, was in der Sache selbst gar keine Veränderung bewürkt.

A. Erste Classe.

§. 68.

In der ersten Classe stehen, ohne alle Rücksicht auf vorhandenes oder nicht vorhandenes Pfandrecht, blos durch ihre chirographarische Natur, mehre Forderungen, welche man privilegirte, aber zum Unterschiede von den privilegirten der übrigen Classen absolut privilegirte nennt. Es gehören dahin: 1) die Leichenkosten, deren Vorzugsrechte nach Römischem Rechte [3]) auf folgende zurückkommen: a) stirbt der Cridar nach Ausbruch des Concurses, so ist die Beerdigung Masseschuld (§. 40. No. 3.), und wer die Ausgabe für die Masse übernimmt, hat ein Erstattungsrecht als Massegläubiger (§. 64.). b) Fehlt es bei irgend einem Verstorbenen an den nöthigen Mitteln der Beerdi-

1) Frister §. 2.

2) Sächs. Proc. Ordn. von 1622. Tit. 41. §. 2.

3) Am richtigsten gewürdigt von Frister §. 3.

gung, so werden diese durch Verkauf von Vermögensstücken des Verstorbenen herbeigeschafft, sogar aus den dem Vermiether gesetzlich verpfändeten invectis und illatis, wenn die Obrigkeit es decretirt [1]); woraus aber noch nichts für die Zurücksetzung anderer Pfänder folgt, zu deren vollen Würksamkeit nicht, wie bei dem Eingebrachten des Miethmannes, erst noch eine Besitzergreifung von Seiten des Vermiethers vorhergehen muß [2]); oder wenn man auch das ganze Verfahren für viel zu natürlich hält, um nicht anzunehmen, daß die Römer es für sämmtliche dem Verstorbenen gehörige, und in seinen Händen befindliche, wenn gleich verpfändete, Vermögensstücke angewandt haben würden, doch nichts für den Fall folgt, wenn die Beerdigung geschehen ist und nun Ansprüche daraus erhoben werden, indem alsdann die Nothwendigkeit Rath zu schaffen und die Rücksicht auf das öffentliche Interesse nicht mehr vorhanden sind, auch das vermittelnde obrigkeitliche Decret fehlt [3]). c) Darf der Beneficialerbe den Aufwand auf die Beerdigung an der Erbschaft immer vorabziehen [4]); was aber mit der ausgedehnten Dispositionsbefugniß des Beneficialerben und der bezweckten gänzlichen Schadloshaltung desselben zusammenhängt, und keine allgemeine Regel begründet [5]). Endlich d) soll die funeris impensa anderen Forderungen vorgehen [6]), sie beziehe sich auf die Beerdigung des Schuldners selbst, oder eines Anderen, welchen er beerdigen zu lassen verpflichtet war, oder dessen Beerdigung er wenigstens übernahm [7]); eine Begünstigung, welche bei der Ausscheidung

1) l. 14. §. 1. D. de relig. (11. 7.)

2) Donellus Comm. ad Cod. VIII, 18, 7. no. 4. Noodt Comm. ad Pand. XI, 7.

3) Frister l. c.

4) l. 22. §. 9. C. de jure del. (6. 30.)

5) Frister l. c.

6) l. 26. l. 45. D. de relig.

7) l. 17. pr. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

der Pfandgläubiger aus dem Römischen Concurse nur auf das gewöhnliche privilegium exigendi gehen kann; um so mehr, als der Vorzug bei der eigenen Beerdigung des Schuldners und der eines Anderen für seine Rechnung ganz gleich behandelt wird. Dennoch hat das Mißverständniß dieser Vorzugsrechte, besonders die Zulassung der Beerdigung aus verpfändeten Gütern, den Vorzug der Leichenkosten vor den Pfandgläubigern herbeigeführt; in manchen Gerichten für alle Arten der Leichenkosten, in anderen nur für die aus der Beerdigung des Schuldners selbst, weil die Römische Bestimmung, welche den Vorzug veranlaßte, nur auf diesen Fall geht [1]. Gleichgültig ist, ob der Gläubiger in Folge eines Auftrags oder als negotiorum gestor handelte, ob er das im Ganzen besorgte Leichenbegängniß oder einzelne dazu gelieferte Gegenstände ersetzt verlangt; jedoch gehört schon zu dem einfachen privilegium exigendi, und um so mehr zu dem absoluten Vorzuge, daß der Aufwand zum Leichenbegängniß nothwendig war, denn das Privilegium ist nur der funeris impensa beigelegt [2], und diese ist nur eine solche, sine qua funus duci non potest [3], auch erfordert die strenge Erklärung aller Vorzugsrechte diesen Ausdruck ganz wörtlich zu nehmen; daher zwar Todtenbekleidung, Sarg, Grabstelle, Fuhr- und Traglohn, und bei uns auch Leichengebühren hierher gehören; aber nicht [4], was an den bemerkten Gegenständen nach dem Stande des Schuldners zu viel aufgewandt ist; ferner nicht die Denkmäler, die Leichenschmäuse, die Trauerkleider, namentlich auch wenn der Mann gestorben ist, nicht

1) Gmelin Cap. 2. §. 5.
2) l. 45. D. de relig.
3) l. 14. §. 3. l. 37. §. 1. D. eod.
4) Dabelow S. 188 flg.

die Trauerkleider für Frau und Kinder [1]); überhaupt nicht, was aufgewandt wird, nachdem schon funus ductum ist; auch kann ein ausdrücklicher Auftrag zu einem Mehren nur ein Klagrecht gegen den Mandanten, aber nicht den blos der funeris impensa beigelegten Vorzug bewürken [2]). 2) Die Kosten der letzten Krankheit des Schuldners, in welcher derselbe würklich gestorben ist, welche nach Römischem Recht nicht einmal ein privilegium exigendi haben [3]), nach dem Gerichtsgebrauche in der ersten Classe stehen [4]). Ein natürlicher Grund des Vorzugs würde seyn, auch insolventen Kranken Hülfe zu schaffen; der historische aber ist, daß man nach einer zufälligen Zusammenstellung in den Quellen [5]) die Krankheitskosten als einen Theil der Leichenkosten ansah, gleichsam als Vorspiel dazu; daher auch die sonst unerklärliche Beschränkung auf den würklich erfolgten Tod. Zu den Krankheitskosten rechnet man nicht blos Arzneien und Arztlohn, sondern auch Lohn der Wärter, Krankenspeise, Krankenfuhren u. s. w. [6]). 3) Der Lied- oder Gesindelohn [7]), welcher nach Römischem Rechte nicht den geringsten Vorzug genießt, aber nach mehren Stellen der Bibel [8]) als heilige Schuld angesehen wurde, und dadurch zu einem Platze in der ersten Classe kam. Einen anderen Grund hat die Vorschrift des Sachsenspiegels [9]), nach welcher der Lohn bezahlt wer-

1) Walch cont. jur. Sect. 4. c. 3. m. 2. subs. 2. §. 3. Dabelow S. 596. v. Bülow's und Hagemann's Pract. Erört. III, 36. A. M. ist Pufendorf Anim. 106.

2) A. M. ist Dabelow S. 191. S. 597.

3) Dabelow S. 598 flg.

4) Wernher Obs. Tom. 3. II, 325. Pufendorf Anim. 107.

5) l. 4. C. de petit. hered. (3. 31.) l. 3. C. de relig. (3. 44.)

6) Dabelow S. 601.

7) Man s. überhaupt de Winckler Op. min. Vol. II. P. 2. c. 12.

8) Moses V, 24. V. 13. 14. 15.

9) Sachsenspiegel B. 1. Art. 22. 24.

den muß, noch ehe die Frau ihr Eingebrachtes aus der ehelichen Vermögensmasse zurücknimmt, wobei wohl die Idee zum Grunde liegt, daß auch die Frau Hülfsleistungen von den Dienstboten hat, sie also Mitschuldnerin ist. Ohne Zweifel gilt das Vorzugsrecht, wenn der Dienstbote im Hause des Gemeinschuldners speist und schläft; der Vorzug nach dem Gesichtspunkt der Stellen der Bibel dürfte aber wohl auch eintreten, wenn der Dienstbote außerhalb des Hauses seinen ganzen Lebensunterhalt vom Cridar bezieht [1]). Gleichgültig ist, zu welcher Classe von Dienstboten der Berechtigte gehört, ob zu den eigentlichen Dienstboten, oder ob er Hauslehrer, Privatsecretair, Comtoirbedienter u. s. w. ist [2]); aber keinen Vorzug hat der Tagelohn [3]), Handwerkslohn, Jahrgehalt der Aerzte, Advocaten, Procuratoren u. s. w. [4]). Ob der Lohn in Gelde oder Naturalien besteht, macht keinen Unterschied [5]); auch geht der Vorzug dadurch nicht verloren, daß der Dienstbote schon früher aus dem Dienst ging [6]); auch nicht daß der Lohn von mehren Jahren rückständig ist [7]), oder erst während des Concurses fällig wird, insofern eine Kündigung des Dienstes im Augenblick des Ausbruches des Concurses die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Lohns nicht mehr abwenden konnte [8]). 4) Die rückständigen Abgaben an den Staat, von welchen die onera rei als Masseschuld gelten, selbst die früher aufgelaufenen (§. 41.); die rückständigen onera personae aber nach Römischem Rechte

1) Strube's Rechtl. Bed. III, 107. (Spang. 774.)

2) Dabelow S. 602.

3) Pufendorf Obs. I, 205. §. 2.

4) Dabelow S. 603.

5) Pufendorf Obs. I, 104. §. 4.

6) Brunnemann cap. V. §. 16. Ludovici Cap. 10. §. 19. Pufendorf Obs. I, 104. §. 2.

7) Pufendorf l. c. §. 3.

8) Dabelow S. 604 flg.

aus Rücksichten des Staatswohls das erste privilegium pignoris haben (§. 71.), seitdem es aber im heutigen Concurse einen noch größeren Vorzug für Forderungen giebt, ganz consequent in die erste Classe gestellt werden [1]). Ob die Abgaben ordentliche oder außerordentliche sind, ist gleichgültig [2]), auch setzt man den Abgaben an den Staat die an Commünen, Kirchen und Schulen, als an einzelne Theile des Staats, allerdings gleich [3]); nur müssen sie den öffentlichen Abgaben analog seyn, also zur Erhaltung der Anstalt gegeben werden und eine gemeinsame Last aller Theilnehmer der Anstalt seyn [4]). Beiträge, zu welchen sich ein Einzelner besonders verpflichtet hat, gehören nicht hierher; auch nicht, was dafür gegeben wird, daß man von diesen Anstalten etwas in Genuß hat, z. B. Pachtgelder an Commünen, oder was den Vorstehern dieser Anstalten für besondere Bemühung gebührt, wie z. B. die Predigergebühren. Collegien gelten nicht als Theile des Staats und gehen mit der zur gemeinen Casse zu entrichtenden Beisteuer in die 5te Classe; eben dahin gehört das Brandcassengeld, weil Brandcassen keine unmittelbare Staatsanstalt sind, nicht alle Staatsmitglieder zur Theilnahme nöthigen, und wenn sie auch unter öffentlicher Aufsicht stehen, doch nicht das gemeine Beste des Staats, sondern der einzelnen Interessenten zum Gegenstande haben [5]). Ueber die von einigen noch sonst zur ersten Classe gerechneten Forderungen ist der §. 41. zu vergleichen; hingegen sind die

1) Leyser Sp. 482. med. 1. Gmelin Cap. 2. §. 9. Dabelow S. 606.

2) Walch cont. jur. Sect. 4. cap. 3. membr. 2. subs. 2. §. 8.

3) Strube's Rechtl. Bed. IV, 165. (Spang. 775.)

4) Ludovici Cap. 10. §. 21. Leyser Sp. 482. med. 3. 4. Strube a. a. O. . Gmelin Cap. 2. §. 11.

5) v. Bülow's und Hagemann's Pr. Erört. II, 42.

vielen particularrechtlichen Erweiterungen der ersten Classe durch ganz neue Arten von Gläubigern, z. B. wegen gelieferten Saatkorns, Ackergeräthes u. s. w., hier ganz zu übergehen. — Bei den aufgezählten Forderungen liegt der Vorzug der Leichenkosten, der Kosten der letzten Krankheit und des Liedlohns in der Beschaffenheit der Forderung und geht als privilegium causae nicht blos auf Cessionare, sondern auch auf Erben über [1]; der Vorzug der öffentlichen Abgaben ist wohl nur privilegium personae, allein auch ein solches kann für die Lebzeit des ursprünglichen Inhabers auf Andere übertragen werden [2], und bei Cessionen des Fiscus hat diese Lebzeit ohnehin kein Ende. — Reicht die Masse nicht einmal zur Befriedigung der in die erste Classe gehörigen Forderungen hin, so gilt Befriedigung pro rata [3]. Das höhere Alter der Forderung giebt keinen Vorzug, weil das Alter nur im Gebiete des Pfandrechts würksam wird; auch nicht das zugleich bestellte Pfandrecht, denn der absolute Vorzug steht höher und kann durch das geringere Recht nicht verstärkt werden [4].

B. Zweite und dritte Classe.

1. Pfandgläubiger aus den Zeiten des alten Eigenthümers.

§. 69.

In die zweite und dritte Classe gehören die Pfandgläubiger. Für die Rangordnung derselben ist das Faustpfand nicht besser, als die Hypothek [5], das Specialpfand nicht besser, als die Generalhypothek [6], das

1) Ludovici Cap. 10. §. 29. A. M. ist Gmelin Cap. 2. §. 9.

2) Mein Röm. Privatr. I. §. 5. a.

3) l. 32. D. de reb. auct. jud. poss.

4) Dabelow S. 614 flg.

5) §. 7. J. de act. (4. 6.) l. 12. pr. §. 10. D. qui pot. in pign.

6) l. 2. l. 7. §. 1. D. eod. l. 6. C. eod. (8. 18.)

pignus captum nicht besser, als das durch Immission [1]), das vertragsmäßige nicht besser, als das gesetzliche, das öffentlich bestellte nicht besser, als das verheimlichte. Aus der völligen Gleichheit des General- und Specialpfandes folgt denn auch, daß wenn ersteres nach der Rangordnung den Vorzug vor diesem hat, der Betrag der zu berichtigenden Forderung des Generalpfandgläubigers gleich von Anfang an mit auf das Specialpfand zu legen ist, gesetzt auch daß eine Befriedigung des Gläubigers die Herbeiziehung des Specialpfandes nicht erforderte [2]). Wenn nun gleich die angeführten Rücksichten keinen Vorrang des Pfandrechts begründen, so ist es dagegen die Regel, daß das ältere Pfandrecht besser ist, als das jüngere [3]); aber während bei anderen dinglichen Rechten der Vorzug des älteren Rechts durchaus und ohne Ausnahme festgehalten ist, finden sich bei dem Pfandrecht mehre Abweichungen durch die einigen Pfandrechten bewilligten Vorzugsrechte. Um auf die einmal geltende Rangordnung selbst zu kommen, so gehen 1) die Pfandrechte aus der Zeit des alten Eigenthümers denen bei dem neuen vor. Nach Römischem Rechte gelten die Pfandrechte beim alten Eigenthümer allerdings als älter, wie die beim neuen, da vor dessen Eigenthumserwerb kein erst durch diesen mögliches Pfandrecht seinen Anfang nehmen, und dies höchstens nur, wenn es der nämliche ist, von welchem die verschiedenen Pfandrechte herrühren, eine Ausnahme erleiden kann (vgl. §. 72.); Privilegien der Pfandrechte bei dem neuen Eigenthümer gelten aber auch gegen Pfandrechte bei dem alten Eigenthü-

1) l. 2. C. eod.

2) l. 7. §. 1 D. qui pot. in pign. (20. 4.) Carpzov Def. I, 28. def. 128. Voet. ad Pand. XX, 4. §. 28. Wernher Obs. X, 343. A. M. ist Salgado de Somoza II, 5.

3) l. 10. D qui pot. in pign. l. 2. l. 8. C. eod. (8. 18.)

mer, da das Recht des letzten, spätere bessere Pfandrechte auf die Sache zu legen, auch dem neuen zukommen dürfte, und der Gegengrund, der neue Eigenthümer erwerbe nur ein Eigenthum nach Abzug des Pfandrechts und könne nur ein solches verpfänden, zu viel beweiset, indem auch der alte Eigenthümer nur ein Eigenthum nach Abzug des Pfandrechts behält und doch mehr verpfändet [1]); auch die für den Vorzug angeführten Stellen des Römischen Rechts [2]) nur den Satz enthalten, daß die Veräußerung der Sache das Pfandrecht nicht aufhebe; endlich auch die sonst ziemlich scheinbare Ansicht, als seyen alle Privilegien nur im Verhältniß zu den Creditoren des Besitzers, nicht seines Vorgängers, gegeben, weder den Buchstaben noch die ratio legis für sich hat. Dennoch ist der Gerichtsgebrauch für den allgemeinen Vorzug entschieden [3]), und dessen Beibehaltung zur Verminderung der fehlerhaften Rangordnung des Röm. Rechts practisch sehr wünschenswerth; hauptsächlich auch weil die Schuldverhältnisse des neuen Eigenthümers oft andere sind und die Unsicherheit vergrößern, ja weil eine Veräußerung an eine verschuldete Hand leicht in gänzliche Vernichtung des Pfandrechts ausarten könnte. Der heres ist juristisch kein neuer Eigenthümer, wegen der Einheit der Person mit dem Erblasser, aber ein gefährlicher Wechsel der Eigenthümer ist doch da, und der Grund für den Vorzug der Pfandrechte bei dem Erblasser vor denen beim Erben gleich dringend [4]); jedenfalls würde, so lange

1) Thibaut's Civ. Abh. I, 13. S. 311 flg. Hoch Mag. f. d. Concurs. II, 5. Spangenberg Archiv f. d. Prax. X, 19. VIII, 317. Leyser Sp. 485. med. 5. Gmelin Cap. 1. §. 3. Hagemann's Pr. Erört. VI, 39. v. Schirach's Beitr. zur Anwend. d. Rechts. 1822. No. 4.

2) l. 15. C. de pign. (8. 15.) l. 12. C. de distr. pign. (8. 28.)

3) Mevii Dec. III, 13. V, 260. Wernher Obs. VI, 333.

4) Hagemann's Pract. Erört. VII, 53.

das beneficium separationis der Erbschaftsgläubiger noch nicht verloren ist, auch dieses den Pfandrechten bei dem Erblasser den Vorzug sichern. Pfandrechte beim neuen Eigenthümer wegen Creditums zum Nutzen der Sache sollten auch unter den Pfandrechten beim alten Eigenthümer nach ihrem Privilegium einen Platz erhalten, weil auch diesen Pfandrechten genützt wird; indessen läßt sich die abweichende Meinung [1]) dadurch unterstützen, daß die Gläubiger zum Nutzen selbst unter den Pfandrechten bei dem neuen Eigenthümer nicht immer die ersten sind (§. 71.), was sie doch durch eine Stellung zu den Pfandrechten bei dem alten Eigenthümer werden würden. Läßt man übrigens den ganzen Vorzug der Pfandrechte bei dem alten Eigenthümer fallen, so können die Gläubiger zum Nutzen bei dem neuen Eigenthümer unbedenklich den beim alten vorgehen. Die vom vorigen Inhaber der Sache reservirten Hypotheken sind formell betrachtet wohl Pfandrechte bei dem neuen Eigenthümer, weil erst nach dem Uebergang des Eigenthums an einen Anderen ein Pfandrecht des bisherigen Eigenthümers denkbar ist [2]); aber die materielle und practische Seite der Sache, welche das Röm. Recht hier gar nicht unbeachtet läßt [3]), führt zu einem anderen Resultat, da der neue Eigenthümer würklich weniger erwirbt, und es verdient alle Begünstigung, wenn der Gerichtsgebrauch [4]) die reservirten Hypotheken als Pfandrechte bei dem alten Eigenthümer, und zwar als die letzten unter

1) Hagemann's Pr. Erört. VI, 40.

2) l. 1. §. 4. D. de reb. eor., qui sub tut. (27. 9.) Dieser Stelle folgt Thibaut Civ. Abh. XIII. S. 316 flg.

3) l. 2. D. eod. Mein Röm. Privatr. II. §. 279. No. 7.

4) Salgado de Somoza II, 14. no. 112 seq. Pufendorf Obs. I, 212. Dabelow S. 351 flg. Ein durchaus unverrückt gebliebener Gerichtsgebrauch kann vielleicht nicht behauptet werden, m. s. z. B. Leyser Sp. 485. med. 4.

diesen ansieht. Auf jeden Fall gehört die wegen nicht bezahlten Kaufgeldes reservirte Hypothek zu den privilegirten bei dem neuen Eigenthümer (§. 70. No. 2. lit. a.). Sind der Pfandrechte bei dem alten Eigenthümer mehre, so ist die Rangordnung dieselbe, wie unter den Pfandrechten bei dem neuen Eigenthümer.

2. Privilegirte Pfandrechte.

a. Angabe derselben.

§. 70.

Auf die Pfandrechte beim alten Eigenthümer folgen 2) die privilegirten; nämlich a) das Pfandrecht wegen des Creditums zum Nutzen [1]); und zwar in der doppelten Anwendung, α) wenn einer Sache des Schuldners, oder ihrem Werthe ein Vortheil zuwächst, und β) wenn nur der Erwerbung oder Erhaltung des Eigenthums und Besitzrechtes des Schuldners genützt wird. Gleichgültig ist, für welche Art von Sachen der Vortheil eintritt, ob für Grundstücke, Schiffe, Waaren, oder andere Gegenstände; sodann was creditirt wird, ob Geld oder etwas anderes, z. B. Material; endlich zu welcher Art des Nutzens creditirt wird, ob zur Errichtung, Wiederherstellung, Ausbesserung, Anschaffung, Einlösung u. s. w.; es

1) l. 3. §. 1. l. 5. l. 6. l 7. pr. D. qui pot in pign. (20. 4.) l. 7. C. eod (8. 18.) Nov. 97. c. 3. 4. Ich habe zuerst versucht, in dieser, blos von den Röm. Juristen nach Gründen der Natur der Sache ausgebildeten, Lehre, in welcher man gegen alle Interpretationsregeln einer solchen Lehre bloße Beispiele für beschränkende Sätze genommen hat, alle einzelne Bestimmungen auf ein allgemeines Princip zurückzuführen, und dadurch die bisher verlorene Consequenz wieder herzustellen in Meinem jurist. Magaz. I, 6. Seitdem sind aber Zimmern Rechtl. Abh. I. S. 282 flg. und Seuffert Erört. II, 25, 2., jedoch jener mehr als dieser, zu der älteren unzusammenhängenden Darstellung zurückgekehrt.

wird aber vorausgesetzt: α) ein Creditum zum Zweck der Verwendung auf einen bestimmten Gegenstand; β) würkliche Verwendung; worüber der Gläubiger den Beweis zu liefern hat, wobei es aber bis zum Beweise des Gegentheils genügt, wenn der Gläubiger darthut, daß zur Zeit der Verwendung der Schuldner Geld in die Hände bekommen habe, es wäre denn, daß ein anderer Gläubiger ebenfalls bewiese, daß um diese Zeit Geld von ihm in die Hände des Schuldners gelangt sey; γ) Bestellung eines Pfandrechts an der Sache und zwar, wenn es ein simples seyn soll, ohne nähere Form [1]), wenn es als privilegirtes gelten soll, wie es in einem Rescripte des Codex bei Gelegenheit eines Creditums zum Ankaufe heißt, gleich bei Eingehung des Geschäfts und mittelst specieller Verpfändung (statim specialiter) [2]); in diesem Satze nur die Erwähnung einer Zufälligkeit des concreten Falles zu finden, so daß er sich gar nicht als Vorschrift verhielte, würde die Rescripte als Rechtsquelle vernichten; aber auch die Ansicht von einem besonderen Erforderniß für den vorliegenden Fall des Creditums zum Ankauf, mit Ausschluß aller übrigen Fälle, namentlich auch des so nahe verwandten Creditums zur Einlösung, wäre eine gesetzgeberische Willkühr, wie man sie bei Rescripten des Codex nicht voraussetzen darf [3]); das Richtige ist also, daß das Pfandrecht ohne Unterscheidung der einzelnen Fälle als integrirender Theil des Creditums zum Besten einer bestimmten Sache erscheinen müsse, was nur durch Verpfändung gleich bei Eingehung des Geschäfts und an der bestimmten Sache erreicht wird, so daß selbst

1) l. 17. C. de pign. (8. 14.)

2) l. 7. C. qui pot. in pign. Ueber die verschiedenen Erklär. Glück's Pand. XIX. §. 1094. S. 305.

3) A. M. ist Zimmern a. a. O. S. 289.

die von Einigen vertheidigte Nachholung der Verpfändung bis zur Ertheilung von Pfandrechten an Andere nicht für zulässig gehalten werden kann; auf jeden Fall macht aber ein mit dem Creditum zum Nutzen zusammentreffendes gesetzliches Specialpfandrecht die Bestellung überflüssig [1]), nämlich wenn mit dem Gelde des Pupillen eine Sache angeschafft [2]) und wenn zum Wiederaufbau eines Gebäudes Geld creditirt ist [3]). Bisher ist immer vorausgesetzt, daß der Gläubiger nur Restitutionsansprüche auf das dem Schuldner zum Zweck einer von diesem ausgehenden Verwendung Ueberlassene geltend macht; das Privilegium gilt aber auch [4]), wenn der Gläubiger dem Schuldner irgend etwas, Sache, Arbeit u. s. w. auf Credit überläßt und die für das Ueberlassene verabredeten, gleich oder künftig [5]) zu zahlenden, Kauf-, Pacht-, Mieth-, Lohngelder, oder anderweitige Gegenleistungen [6]) fordert, und sich deshalb an die überlassene Sache selbst, oder an die, in Rücksicht deren der Nutzen geschafft ist, in Folge des an diesen Gegenständen begründeten Pfandrechts hält; wogegen der Einwand, daß hier das Verhältniß mehr auf Profit des Gebers als des Empfängers gehe, schon darum unbedeutend ist, weil der

1) l. 6. §. 1. 2. l. 7. pr. D. qui pot. in pign.

2) Mein Röm. Privatr. II. §. 249. No. 1.

3) Mein Röm. Privatr. a. a. O. No. 2.

4) Den klaren Beweis enthält l. 6. §. 1. D. eod., nach welcher mit dem vom Schiffer durch seine Arbeit verdienten naulum ein bevorzugtes Pfandrecht an den Waaren verknüpft ist; was nach der ganzen Argumentation auch in Rücksicht der im §. 2. leg. cit. erwähnten Packraumsmiethe keinen Zweifel haben kann. Auch ist für die Gleichstellung des Darlehns zum Ankauf und des Verkaufs auf Credit die, freilich nicht glossirte, Nov. 136. c. 3. A. M. ist willkührlich Zimmern a. a. O. S. 286. 289.

5) Eine willkührliche Beschränkung auf das gleich zu Zahlende behauptet Seuffert a. a. O. S. 121.

6) Eine willkührliche Beschränkung auf Gelder behauptet Seuffert a. a. O. S. 120.

Profit des Gebers doch nur einen Theil der geforderten Summe ausmacht, und sich in den Zinsen eines Darlehns an den Schuldner, damit dieser verwende, ebenfalls findet, nur etwas geregelter, als bei den Kauf-, Pacht-, Mieth- und Lohngeldern. Sogar Pfandgläubiger der Sache, welche ihr Geld dem neuen Erwerber des Pfandes lassen und demselben dadurch den Erwerb möglich machen, können außer dem Vorzug der Pfandgläubiger bei dem alten Eigenthümer auch den wegen Creditums zum Nutzen ansprechen. Das Pfandrecht muß auch hier regelmäßig bedungen seyn, gilt aber doch schon gesetzlich: α) für den Verpachter einer fruchttragenden Sache an den noch nicht bezahlten Früchten des Pachtstücks [1]; β) für den Vermiether eines Packraums an den zum Zweck des Unterbringens inferirten Gütern [2]; γ) für den Schiffer und Fuhrmann an den Waaren wegen der Fracht [3]. Das privilegium pignoris beschränkt sich auf die bestimmte Sache und den daraus zu machenden Erlös; gilt aber bei einem der Sache selbst geschafften Nutzen gegen alle Pfandgläubiger, auch gegen die bei dem alten Eigenthümer, wenn man anders nicht, wie Einige wollen, die Pfandrechte bei dem alten Eigenthümer dem bei dem neuen allgemein und ohne Ausnahme vorgehen läßt (§. 70.); bei einem dem Eigenthumsrechte des Schuldners geschafften Vortheil nur gegen diejenigen, welche erst durch das Eigenthumsrecht des Schuldners ein Pfandrecht haben, also nur gegen die Pfandrechte bei dem neuen Eigenthümer; selbst wenn man mit der Theorie Pfandrechte bei dem alten und neuen Eigenthümer gleichsetzt (§. 70.). Der Vorzug geht als privilegium causae nach

1) Mein Röm. Privatr. a. a. O. No. 3.
2) Mein Röm. Privatr. a. a. O. No. 4.
3) Mein Röm. Privatr. a. a. O. No. 3.

dem Tode des Gläubigers auch auf die Erben über. b) Das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus; ohne Zweifel privilegirt an den Gütern derjenigen, welche onera publica schuldig sind, und zwar ohne Beschränkung auf einzelne Theile des Vermögens [1]); der richtigeren Meinung nach aber auch an den Gütern der Contractsschuldner, zwar nicht insofern als das Gut schon vor dem Contract mit dem Fiscus [2]), aber wohl insofern es nachher erworben ist, die früheren Gläubiger also ein weniger gewisses Recht auf die Sache hatten, auch der Contract mit dem Fiscus dem Schuldner möglicherweise die Mittel des Erwerbs darbieten konnte, denn die für diesen Vorzug in dem später erworbenen Gute entscheidende Stelle [3]) läßt grammatisch und ungekünstelt keinen anderen Sinn zu, da die Erklärung des „cum fisco contraxerit" durch ein antea, nicht durch ein postea contrahere, so daß der Fiscus der erste Contrahent wäre, gegen den Gebrauch der Tempora in der Lateinischen Sprache ist, und die Erklärung der res adquisita von der dem Schuldner überlassenen fiscalischen Sache, und von dem daran geltenden privilegium pignoris des Fiscus aus dem Grunde des Creditums zum Nutzen wegen des „postea

1) l. 1. C. si propter publ. pensit. (4. 46.)

2) Dadurch erklären sich l. 8. D. qui pot in pign. l. 2. C. de priv. fisci. (7. 73.)

3) l. 28. D. de jure fisci. (Ulpianus lib. 3. Disput.) Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, *in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere*, Papinianum respondisse; quod et constitutum est; praevenit enim causam pignoris fiscus. M. s. über die Stelle Fornerius Select. II, 24. (Otto Thes. Tom. 2.) Strube's Rechtl. Bedenk. I, 37. Spang. 782.) Hennemann über die bevorzugte Hypothek des Fiscus. Schwerin 1800. Dabelow S. 204 flg. Höpfner's Comm. üb. d. Inst. 6. 718. Not. 3. Meißner vom stillschweig. Pfandr. §. 100 flg. Glück's Pand. XIX. §. 1094. S. 249 flg. Zimmern a. a. O. S. 294 flg. Spangenberg im Archiv f. d. Prax. XI, 20.

adquisita“ unzulässig ist, indem der Erwerb vom Fiscus doch gleich gemacht wäre; eine Emendation der Stelle aber bei der Zusammenstimmung aller Manuscripte große Bedenklichkeit hat. Zwar wird in einer anderen Stelle nicht nach diesem Vorzuge entschieden [1]), indessen hebt sich dieser Widerspruch durch die Zeit, indem das erste Fragment von Ulpian, das letzte von Scävola aus den Zeiten Antonin's ist, in welcher es noch kein privilegirtes Pfandrecht des Fiscus gab. Daß die Stellen, welche des gesetzlichen Pfandrechts erwähnen [2]), nicht zugleich auch des Privilegiums gedenken, erlaubt noch weniger den Schluß, daß ein solches nicht begründet sey. Sonderbar genug wird übrigens für den Vorzug des Fiscus die Meinung eines Juristen angeführt; es folgt aber doch nicht, daß dieser den Vorzug schon in der Natur der Sache gefunden habe, da die zugleich angezogene Constitution auch älter seyn könnte, als die Meinung des Juristen. Den Beweis des Erwerbs nach dem Contract mit dem Fiscus hat natürlich dieser zu führen [3]). Einige geben dem Fiscus auch noch ein privilegirtes Pfandrecht an dem Vermögen des primipilus, allein daraus, daß die Kinder [4]), und, soweit die dos reicht, auch die Frau, für die Primipilarschuld haften [5]), folgt noch kein privilegirtes Pfandrecht, ja nicht einmal ein Pfandrecht überhaupt [6]). Das Privilegium des Fiscus ist nur beneficium personae, doch ist dies ohne Folgen, weil der Fiscus immer fortdauert und bei Fortdauer des Berech=

1) l. 21. pr. D. qui pot. in pign.

2) l. 2. C. in quib. caus. pign. tac. (8. 15.) Fragm. de jure fisci. § 5.

3) Strube's Rechtl. Bed. I, 38. (Spang. 784.)

4) Mein Röm. Privatr. §. 644.

5) Mein Röm. Privatr. §. 697.

6) Glück's Pand. XIX. §. 1088. S. 73 flg.

tigten auch beneficia personae einem Anderen zu Gute kommen. c) Das gesetzliche Pfandrecht der Ehefrau wegen der dos an allen Gütern des Mannes [1]), wobei auch die in dem Gesetz nicht enthaltene, aber in der Glosse erwähnte [2]), Beschränkung auf die Concurrenz mit älteren nicht vertragsmäßigen Pfandrechten, indem das vertragsmäßige zu stark sey, um durch ein späteres gesetzliches geschmälert werden zu dürfen, was freilich der ganzen Behandlung des Pfandrechts bei den Römern widerspricht, längst vergessen ist. Der Vorzug erlöscht als privilegium personae mit dem Tode der Ehefrau; dennoch findet sich bei Gelegenheit der Collision einer älteren dos mit einer jüngeren wiederholt bemerkt, daß die ältere dos als solche den Vorzug habe und dieser Vorzug nach dem Tode der ersten Frau auch zum Besten ihrer Kinder gelte [3]); der klar angegebene Grund des Vorzugs der älteren dos vor der jüngeren ist nicht die Zurücksetzung der zweiten Ehe gegen die erste, sondern daß der älteren der Vorzug der Zeit zur Seite steht, darum würde es unnatürlich und den Auslegungsregeln zuwider seyn, dem blos gelegentlich und nebenbei bemerkten Uebergang des Privilegiums auf die Kinder der ersten Frau den Gesichtspunkt des Hasses der zweiten Ehe unterzulegen, und man kann wohl ohne alle zweite Ehe einen gleichen Uebergang auf die Kinder gegen weniger begünstigte Gläubiger, als die zweite Frau, noch um so eher annehmen [4]). Es folgt schon aus dem eben Bemerkten,

1) l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign.

2) Glossa ad l. cit.

3) l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. Nov. 91. c. 1.

4) v. Kamptz Vers. einer Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatzprivilegiums. Berl. 1811. Glück's Pand. XIX. §. 1094. S. 273 flg. Seuffert a. a. O. S. 131. A. M. sind Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 171. v. Löhr in Gensler's Archiv. V, 12. No. 4. 5.

daß wenn der dotes mehre sind, die ältere den Vorrang hat [1]).

b. Gegenseitiges Verhältniß [2]).

§. 71.

In dem privilegium pignoris liegt zwar der Vorzug vor älteren simplen Pfandrechten, aber nicht vor älteren privilegirten, daher müßten, abgesehen von besonderen gesetzlichen Vorschriften, alle privilegia pignoris nach dem Alter gehen [3]). Indessen giebt man a) dem Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben mittelst eines absoluten Privilegiums die erste Stelle unter den Pfandgläubigern, oder, was damit ziemlich zusammentrifft, die letzte Stelle unter den Gläubigern der ersten Classe (§. 68.), und dieser Vorzug wird dadurch unterstützt, daß bei Gelegenheit der Bestimmung über den Platz der dos, der Vorzug des Fiscus gar nicht zur Sprache kommt, als wenn er sich von selbst verstände, und daß dem Römischen Recht eine so überaus fiscalische Richtung innewohnt; wenn gleich die gradezu als Beweis des Vorrangs angeführten Ausdrücke nur überhaupt die Vorzugsrechte des Fiscus [4]), oder doch nur das privilegium pignoris [5]) andeuten. Wegen der Contractsansprüche des Fiscus läßt sich indessen ein solcher absoluter Vorzug nicht behaupten, und würde derselbe nicht vor anderen älteren, sondern nur vor anderen jüngeren privilegirten Pfandrechten gelten können. b) Die Ehefrau wegen der dos wollten Einige von Justinian's Zeitge-

1) l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. Nov. 91. c. 1.

2) Ueber die verschied. Mein. Glück's Pand. XIX. §. 1096. S. 339 flg.

3) l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. (8. 18.) Nov. 91. c. 1. Nov. 97. c. 3.

4) l. 3. C. de primip. (12. 63.) „utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus."

5) l. 1. C. si propt. publ. pens. (4. 46.) „priore loco bona obligata sunt."

nossen gegen die übrigen Privilegien ganz zurücksetzen, der Kaiser aber entschied, daß ihr ein jüngeres Privilegium nicht vorgehen solle [1]), worin aber offenbar kein Vorzug der dos, sondern nur Gleichstellung mit den übrigen und Entscheidung durch das Alter liegt [2]). c) Der Creditor zum Nutzen sollte eigentlich allen anderen vorgehen, da er allen nutzt, Justinian aber entschied bei Gelegenheit der Bestimmung des Platzes der Ehefrau wegen der dos, daß der jüngere Gläubiger zum Nutzen der Ehefrau weichen müsse, und nur als älterer vorgehe [3]). Blos der creditor in militiam, welcher sich in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde die erste Stelle ausbedingt, geht auch als jüngerer Gläubiger der Frau vor [4]); was auch wohl im Verhältniß zu den älteren Contractsansprüchen des Fiscus gilt, so daß nächst den öffentlichen Abgaben, bei Ausbedingung der Priorität das creditum in militiam seinen Platz fände. Mehre Creditoren zum Nutzen werden wegen Beschränkung des Privilegiums auf die bestimmte Sache unter einander selten in Collision kommen; treffen sie aber an der nämlichen Sache zusammen, so ist der jüngere der bessere, weil er auch dem früheren nutzt, ganz so wie, wenn heut zu Tage mehre nach einander auf Bodmerei leihen, der jüngste Gläubiger der erste ist. In einem solchen Falle muß nach gleichen Grundsätzen, wie im §. 73., was bei der allgemeinen Rangordnung nach dem Alter auf die Gläubiger zum Nutzen fällt, unter diese nach ihrem besonderen Vorzuge aufs Neue vertheilt werden.

1) Nov. 97. c. 3.
2) Cujacius Exp. Nov. cit.
3) Nov. 97. c. 3.
4) Nov. 97. c. 4.

3. Simple Pfandrechte.

§. 72.

Auf die privilegirten Pfandrechte folgen 3) die simplen, wozu die pignora capta, fast alle Conventionalpfandrechte, die prätorischen und die mehrsten gesetzlichen gehören. Ohne Unterschied unter den verschiedenen Arten der Pfandrechte geht das ältere dem jüngeren vor [1]; sind sie gleich alt, so concurriren beide in dem Pfande [2], indem Theilung nach dem Betrage der Forderung gilt, ganz wie bei der Gemeinschaft des Pfandrechts [3]. Noch ist hier folgendes zu bemerken: a) ist es nicht sonst zu erweisen, ob die Bestellung des Pfandrechts zu verschiedenen Zeiten, oder zu derselben, erfolgte, so entscheidet das Datum der Urkunde, welche über die Bestellung aufgenommen ist, ob dies ein verschiedenes ist, wo Vorzug der Zeit, oder das nämliche, wo Theilung gilt. b) Ist die Urkunde über ein Pfandrecht gar nicht datirt, so ist es überhaupt das letzte, und ist die Urkunde unbestimmt aus einem ganzen Zeitraum datirt, das letzte aus diesem Zeitraum [4], denn es kann dem Berechtigten, welcher ein Vorzugsrecht verlangt, nur zugesprochen werden, was er in dieser Hinsicht ganz ausgemacht darlegt, und dies ist im ersten Falle nur, daß das Pfandrecht überhaupt da ist, und im zweiten nur, daß es nicht noch später ist, als der letzte Augenblick des Zeitraums. c) Von mehren eodem die bestellten Pfandrechten wird gesagt, sie seyen gleichzeitig [5]; eine Singularität des Pfandrechts kann darin nach der ganzen Fassung nicht liegen, und man würde insofern zu einer allgemeinen Regel

1) l. 10. D. qui pot. in pign. (20. 4.) l. 2. l. 8. C. eod. (8. 18.)

2) l. 7. §. 1. D. eod.

3) Mein Röm. Privatr. II. §. 360.

4) Leyser Sp. 486. med. 8. Dabelow S. 635.

5) l. 16. §. 8. D. de pig. (20. 1.)

für alle Rechte kommen; das Richtige ist aber wohl, daß auf dem eodem die kein Nachdruck liegt und der Ausdruck nur durch eodem tempore zu erklären ist; obgleich wenigstens für das Pfandrecht die Ansicht von jeher gewöhnlich auf Gleichzeitigkeit aller eodem die unternommenen Verpfändungen gerichtet gewesen [1]), und diese Ansicht in mehre neue Gesetzgebungen übergegangen ist. d) Ist Mehren nach einander etwas verpfändet, was erst späterhin in das Eigenthum des Verpfänders übergeht, so hat es, weil das Pfandrecht erst von dem Erwerbe des Schuldners datirt, nach der Natur der Sache viel für sich, ihr Pfandrecht als gleichzeitig anzusehen [2]); sonst ist freilich die für den Vorzug des zuerst bestellten Pfandrechts angeführte Stelle [3]) eben so wenig beweisend, als die für ein gleiches Recht des hinterher bestellten angeführte [4]); auch nimmt man gewöhnlich gegen die eben berührte Meinung an, daß wenn Mehren hinter einander ein Pfandrecht am ganzen Vermögen ertheilt werde, das Alter nicht blos hinsichtlich der bei Bestellung beider schon vorhandenen Güter, sondern auch hinsichtlich der erst nachher erworbenen den Vorrang bestimme, weil es nicht unnatürlich sey, blos auf das Factum der Verpfändung des Eigenthümers zu sehen, so lange sämmtliche Pfandgläubiger ihr Recht von der nämlichen Person ableiteten, und

1) Eustathius Chron. c. 3. Harmenopulus III, 5. §. 38. Cujacius de div. temp. praescr. c. 3.

2) Glück's Pand. XIX. §. 1093. S. 232 flg.

3) l. 21. pr. D. qui pot. in pign. Die Stelle beweiset nicht, weil das spätere conventionelle Generalpfandrecht nicht ausdrücklich auf die künftigen Güter gerichtet war, was nach älterem Rechte nicht unterbleiben durfte, es also recht gut denkbar ist, daß das frühere conventionelle Generalpfandrecht hinsichtlich der nach Bestellung beider Pfandrechte erworbenen Güter das einzige war.

4) l. 7. §. 1. D. eod. Diese Stelle beweiset ebenfalls nicht, weil die Bestellung der beiden Pfandrechte eine gleichzeitige seyn konnte.

weil bei dem Pfandrecht an einer universitas rerum mehr auf den Anfang des Pfandrechts am Ganzen, als an den einzelnen Gegenständen zu sehen sey.

4. Besondere Rangordnung der öffentlichen und Privatpfandrechte.

§. 73.

Eine besondere Regel für einzelne Arten des Pfandrechts ist die, nach welcher das öffentliche Pfandrecht aus einem instrumentum publicum, d. h. aus einer von dem Richter oder dem Tabellio aufgenommenen [1]), so wie das aus einem instrum. quasi publicum, d. h. aus einer von 3 männlichen Zeugen unterschriebenen Urkunde [2]), dem Privatpfandrechte aus einem instrum. privatum, d. h. aus jeder anderen Urkunde vorgehen soll [3]). Aus einer gänzlichen Beweislosigkeit der Privaturkunde gegen Andere, als den Aussteller, kann dies nicht abgeleitet werden, da jedes Pfandrecht bewiesen werden muß, und, abgesehen von dem Vorzugsrechte öffentlicher Pfandgläubiger, das Pfandrecht aus jeder Art der Urkunde völlig gültig ist; es findet sich also ein wahres privilegium pignoris, und es kann nun das jüngere Pfandrecht dem älteren aus einem doppelten Grunde vorgehen: 1) wegen des Vorzugs der Art des Creditums, wie es sich bei dem geschafften Nutzen, bei dem Fiscus und bei der Ehefrau hinsichtlich der dos findet; 2) wegen des Vorzugs der öffentlichen Urkunde. An sich sind beide Gründe des Vorzugs gleich stark und speciell, und jeder Versuch, den ersten als den stärkeren oder specielleren darzustellen, beruht bei

1) Mein Röm. Privatr. I. a. O. §. 115.

2) Mein Röm. Privatr. a.

3) l. 11. C. qui pot. in pign. (8. 18.)

genauerer Prüfung auf einem fehlerhaften Raisonnement [1]); indessen pflegt die Praxis und die Mehrzahl der Juristen den letzten Vorzugsgrund dem ersten unterzuordnen, so daß niemals ein öffentlicher Pfandgläubiger einem wegen der Art des Creditums privilegirten vorgehen kann und der Vorzug nur bei simplen Pfandgläubigern unter einander zur Anwendung kommt. Einige Neuern [2]) wenden den Vorzug der öffentlichen Urkunde auch bei den privilegirten Pfandrechten im Verhältniß zu einander an; allein das Pfandrecht des Fiscus und der Ehefrau ist ein gesetzliches Pfandrecht, worauf sich, wie gleich vorkommen wird, die ganze Vorschrift nicht bezieht, und bei den Gläubigern zum Nutzen hat grade der jüngere den Vorzug, so daß man bei diesen jedenfalls die ganze Bestimmung umkehren, und die öffentlichen Pfandrechte zu den jüngsten machen müßte. Die Rangordnung des öffentlichen und Privatpfandes gilt nur für Pfandrechte aus Urkunden [3]), und ist unanwendbar für mündlich bestellte, denn über Urkunden hinaus giebt es in Bezug auf den Beweis nicht mehr den Unterschied des öffentlichen und des Privatbeweises; auch geht die ganze Absicht des Vorzugs nur dahin, die Privaturkunden durch öffentliche, aber nicht jeden anderen Beweis durch den durch Urkunden zu verdrängen; auf jeden Fall würde aber auch die strenge Auslegung aller Vorzugsrechte die Erweiterung über concurrirende Urkunden hinaus verbieten. Am wenigsten paßt die Anwendung auf gesetzliche Pfand-

1) Mein jurist. Magaz. I, 10. E. A. M. sind Thibaut Civ. Abh. I. S. 124. Zimmern Rechtl. Untersf. I. S. 301. Seuffert Erört. II, 25, 4. v. Löhr im Archiv für d. civ. Prax. VI, 6. No. 4.

2) Thibaut, Zimmern, Seuffert a. a. O.

3) Dabelow S. 307 flg. Francke Beitr. 1828. No. 5. A. M. ist v. Löhr in Gensler's Archiv. VI, 6. No. 5.

rechte, denn will man auf den Verpfändungsact sehen, so kommt dieser dabei gar nicht vor, will man aber auf die Entstehung der Forderung Rücksicht nehmen, so braucht diese, selbst um zu einem öffentlichen Pfandrechte zu gelangen, nicht durch öffentliche Urkunden erwiesen zu werden; auch spricht gegen die Anwendung, daß der Schuldner nicht verpflichtet ist, ein instrum. publicum vel quasi über das Pfandrecht auszufertigen, es mithin stets in seiner Hand stände, dasselbe durch Ertheilung eines öffentlichen Conventionalpfandrechts an Andere zu untergraben. Steht nun zwischen einem älteren privatum pignus und einem jüngeren publicum ein nicht urkundliches in der Mitte [1]), so darf man nicht alle nicht aus Privaturkunden herrührenden Pfandrechte, namentlich nicht alle gesetzlichen, zu öffentlichen machen, um dadurch der Schwierigkeit der Classification zu entgehen; es muß vielmehr das nicht urkundliche das mittlere bleiben, ohne durch die Zurücksetzung des vorstehenden mehr und ohne durch den Vorzug des hinterstehenden weniger zu empfangen, als sonst der Fall gewesen wäre [2]). Was nun aber das Verhältniß des Privat- und öffentlichen Pfandrechts unter sich betrifft, so hilft die Regel: si vinco vincentem te, vinco te ipsum, hier gar nicht weiter, weil neben dem allgemeinen Locationsprincipe noch ein besonderes concurrirt [3]), man muß also entweder des mittleren Pfandrechts wegen das besondere Locationsprincip ganz aufgeben, was aber die gemeine Meinung gegen sich hat, oder man muß den Privat- und öffentlichen Pfandgläubiger den Platz gegenseitig austauschen lassen, indem man, was auf beide

1) Ueber die verschied. Mein. Kind Quaest. for. I, 53. Dabelow S. 307 flg. S. 621 flg. Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 39. Francke a. a. O.

2) l. 16. D. qui pot. in pign. (20. 4.)

3) Mein Röm. Privatr. I. §. 160.

fällt, nach ihrem besonderen Vorzuge aufs Neue vertheilt; und in der That ist hier, wo sich gar kein anderer Ausweg gewinnen läßt und wo die Verwickelung in dem Gesetze selbst, nicht wie in einem unten vorkommenden Falle (§. 139.), blos in entgegengesetzten Urtheilssprüchen liegt, die Doctrin zur Ergreifung eines solchen Nothrechts wohl befugt. **Mehre öffentliche und mehre Privatpfandrechte** unter sich bestimmen sich nach dem Range des Alters.

5. Deutsche Einrichtungen.

§. 74.

In Deutschland finden sich in Bezug auf die Rangordnung der Pfandrechte drei den Römern unbekannte, freilich nur particularrechtliche und deshalb im Zweifel besonders nachzuweisende, Einrichtungen: 1) das Princip der **Gerichtlichkeit**, worauf das **öffentliche Pfandrecht im Sinne des Deutschen Rechts** beruht. In manchen Ländern nämlich, besonders wo Sachsenrecht gilt, wird das Eigenthum an Grundstücken nur gerichtlich verlassen; diese Form wurde auch auf die Verpfändung ausgedehnt und darauf beruht das öffentliche Pfandrecht im Sinne des Deutschen Rechts [1]). Es ist nicht gemeinrechtlich [2]), findet es sich aber in einem Lande, so hat es mehre Eigenschaften, wodurch es sich besonders von dem Römischen öffentlichen Pfandrechte unterscheidet. Das Pfandrecht kann a) blos an Grundstücken vorkommen; b) es kann nur als Specialpfandrecht gelten, so daß einer bestellten Generalhypo-

1) J. H. Boehmer de praerogativa hypoth. publ. c. 2. (Ex. ad Pand. Tom. 3.) Runde Deutsch. Privatr. §. 259. Meißner v. stillschw. Pfandr. §. 40. Eichhorn Deutsch. Privatr. §. 187. Mittermaier §. 181.

2) Runde u. Meißner a. a. O.

thek eine specielle des Grundstücks beigefügt werden muß; c) es kann nur von dem Gerichte, und zwar der belegenen Sache ertheilt werden; d) der Schuldner muß um gerichtliche Bestätigung bitten, die bloße gerichtliche Anmeldung einer Schuld- und Pfandverschreibung von Seiten des Gläubigers, und selbst die vom Schuldner erfolgte gerichtliche Anerkennung genügt nicht [1]; e) das Gericht muß einen eigentlichen Bestätigungsact vornehmen [2]. Ist dies Pfandrecht irgendwo recipirt, so gilt bei Grundstücken eigentlich gar keine andere Art des vertragsmäßigen Pfandrechts; gewöhnlich aber hat der Schuldner zwischen der Deutschen und Römischen Verpfändungsart die Wahl. Das öffentliche Pfandrecht des Deutschen Rechts hat den Vorzug vor jedem anderen vertragsmäßigen Pfande [3], eigentlich auch wohl vor dem gesetzlichen [4], wenn gleich die seit der Reception des Römischen Rechts immer im Zunehmen begriffene Verdunkelung des Deutschen Rechts der in der That nur Römischen Ansicht, daß, wenn das Gesetz Rechte gebe, der alsdann geltende s. g. transitus legalis jede andere Form entbehrlich mache, immer mehr Eingang verschafft hat [5], so daß es nun hauptsächlich auf den Gebrauch in jedem einzelnen Lande ankommt. Eben so beruht es eigentlich auf einem Mißgriff, wenn man das privilegirte Pfandrecht des Creditors zum Nutzen, des Fiscus und der Dos dem öffentlichen noch voranzustellen pflegt; und hiernach folgende Ordnung herausbringt: a) privilegirte Pfandgläubiger nach den Regeln des Römischen Rechts, b) öffentliche des Deutschen Rechts nach dem Alter, c) übrige

1) Eichhorn a. a. O.
2) Eichhorn a. a. O.
3) Eichhorn a. a. O.
4) Pufendorf Obs. I, 211. III, 180. Hagemann's Pract. Erört. VI, 99.
5) Strube's Rechtl. Bed. I, 19. V, 97. (Bei Spangenberg 268 u. 785.) Eichhorn a. a. O.

Pfandgläubiger nach den Römischen Regeln. 2) Das Princip der Oeffentlichkeit durch Eintragung des Pfandrechts in die Hypothekenbücher, Schuld- und Pfandprotocolle[1]). Sie sind wohl nicht so entstanden, daß man die bei dem öffentlichen Pfandrecht des Deutschen Rechts der Zweckmäßigkeit und guten Ordnung wegen später aufgekommenen Protocolle in Ein Ganzes vereinigte, sondern hängen mit den Stadt-, Grund- und Lagerbüchern zusammen, welche anfangs dazu bestimmt, die pflichtigen Besitzer der Grundstücke anzugeben, später zu der Nachweisung über das Eigenthum und der daran statt findenden Pfandrechte benutzt wurden. Der Hauptzweck dieser öffentlichen Verzeichnisse über die Pfandrechte hat sich immer mehr dahin ausgebildet, daß der Gläubiger die ihm vom Schuldner angebotene Priorität soll beurtheilen, und wenn er sie annimmt, sich für immer soll sichern können. Das Nähere über die hieraus abfließenden rechtlichen Grundsätze ist folgendes: a) die Einzeichnung kann nur auf ein Grundstück erfolgen; auch kann sie nur als Specialverpfändung vorkommen, so daß einer generellen Verpfändung eine specielle des Grundstücks beigefügt werden muß; ebenfalls kann die Eintragung nur von dem mit der Hypothekenbuchführung beauftragten öffentlichen Beamten geschehen; im übrigen können alle Arten von Pfandrechten eingetragen werden, nicht blos die öffentlichen im Sinne des Deutschen Rechts. b) Die eingezeichneten Hypotheken gehen den nicht eingezeichneten vertragsmäßigen vor, selbst den privilegirten, ausgenommen etwa, wenn durch ein späteres Pfandrecht der Sache selbst ein Vortheil zugeflossen ist; ob auch den gesetzlichen, war anfangs weniger entschieden, als es jetzt

1) Eichhorn §. 188. Mittermaier §. 181. 181. a.

wohl ziemlich allgemein der Fall ist. Eigenthumsvorbehalte behaupten ihr Vorrecht, wenn sie nicht nach Particularrecht eingezeichnet seyn müssen; auch die absolut privilegirten Gläubiger der ersten Classe; auch wohl die Pfandrechte beim alten Eigenthümer, so wie die an der Sache reservirten; weil nach dem Gesichtspunkt des ganzen Vorrechts dem neuen Eigenthümer das Verpfändungsrecht zum Nachtheil früherer Berechtigten fehlt, obgleich auch die eben bemerkten Pfandrechte jetzt fast allenthalben eingezeichnet seyn müssen. c) Unter den eingezeichneten entscheidet das Alter, und der Uebelstand, daß früher in manchen Ländern ein jüngerer privilegirter Eingezeichneter dem älteren simplen Eingezeichneten vorging, ist jetzt wohl allenthalben gehoben; nur wenn durch den jüngeren privilegirten Gläubiger der Sache selbst ein Vortheil zugeflossen ist, läßt sich für den Vorzug des jüngeren Vieles sagen, und es ist darauf zu erkennen, wenn nicht das Datum der Einzeichnung cathegorisch zur Richtschnur gemacht ist. 3) Zurücksetzung der älteren Hypothek gegen das jüngere Faustpfand, als eine bloße Folge der viel allgemeineren Regel: „Hand wahre Hand" und der dadurch gegen einen dritten Inhaber, und also auch gegen den Faustpfandgläubiger, ausgeschlossenen Vindication; indessen hat die Einführung des Römischen Rechts das Deutsche auch in diesem Punkt soweit in den Hintergrund gestellt, daß die Zurücksetzung der älteren Hypothek durch besonderes Gesetz oder Gebrauch gerechtfertigt werden muß [1]). — Das öffentliche und das ingrossirte Pfandrecht im Sinne des Deutschen Rechts beschränken sich auf das Grundstück und die dazu gehörigen Mobilien, während das übrige Vermögen ganz nach Röm.

1) Runde a. a. O. §. 199. 221.

Rechte vertheilt wird; daher die Nothwendigkeit zuerst die Immobiliarmasse zu vertheilen, und dann aus dem Ueberschusse der Grundstücke, wenn zur Befriedigung der öffentlichen und der ingrossirten Pfandgläubiger nicht alles aufgeht, und dem Mobiliarvermögen eine neue Masse mit der Römischen Vertheilung zu bilden. An dieser Mobiliarmasse nehmen auch die aus den Immobilien nicht befriedigten öffentlichen und ingrossirten Pfandgläubiger Theil, aber nur als öffentliche Pfandgläubiger im Sinne des Römischen Rechts. Zur Befriedigung der Creditoren der ersten Classe wird verhältnißmäßig von beiden Massen genommen.

C. Vierte Classe [1]).

§. 75.

Auf die hypothecarischen Gläubiger folgen die chirographarischen und zwar in der vierten Classe die mit einem Vorzuge versehenen, welcher im Römischen Rechte unter dem Namen privilegium exigendi [2]), privilegium schlechtweg [3]), vorkommt. Das Privilegium erstreckt sich über das ganze Vermögen des Schuldners und ist daher selbst solchen Creditoren nützlich, welche in der Folge zu ihrer Sicherheit ein gesetzliches Specialpfandrecht erlangt haben [4]), sowohl wenn das Pfand dem Werthe der Forderung nicht gleichkommt, als wenn dasselbe von besseren Gläubigern weggenommen wird, wo die chirographarische Forderung mit dem Privilegium besser ist, als die simple. Bald ist der Vorzug privilegium personae, bald privilegium

1) Frister de privilegio creditorum personali. Goett. 1804.

2) Brissonius voc. Exigere no. 23.

3) Brissonius voc. Privilegium no. 2.

4) Frister §. 6.

causae; im ersten Falle geht er nur auf Cessionare des Inhabers bei dessen Lebzeiten, im zweiten unbedingt auf Andere über [1]).

1. Angabe der einzelnen Privilegien.

§. 76.

Das Privilegium ist im Römischen Rechte beigelegt: 1) dem Fiscus wegen aller Forderungen, namentlich auch derjenigen, weshalb er keine Hypothek hat [2]); nicht bedungene Strafgelder abgerechnet [3]). Das Privilegium gilt auch bei den an den Fiscus übertragenen Forderungen von dem Augenblick, wo der Schuldner in die Bücher des Fiscus eingetragen ist [4]). Von den Privatansprüchen des Regenten und der Regentin heißt es, daß dabei das privilegium fisci zur Anwendung zu kommen pflege [5]); dies beziehen unsere Juristen denn wenigstens auf das privilegium exigendi. Der Vorzug selbst ist privilegium personae. 2) Der res publica ebenfalls wegen aller Forderungen [6]). Der Vorzug ist privilegium personae. 3) Der Ehefrau wegen der dos [7]); das Privilegium steht auch der putativen Ehefrau [8]), und der Braut zu [9]), und fordert keine Rechtgläubigkeit. Der Vorzug selbst ist privilegium personae [10]). 4) Den Pupillen, Minderjährigen, Verstandeslosen,

1) l. 196. D. de R. J. Frister §. 7.

2) l. 10. pr. D. de pactis (2. 14.) l. 6. pr. D. de jure fisci. (49. 14.) Frister §. 13.

3) l. unic. C. poenis fiscalibus creditores praeferri. (10. 7.)

4) l. 6. pr. D. de jure fisci. (49. 14.)

5) l. 6. §. 1. D. eod. (49. 14.) Mein Röm. Privatr. I. §. 79.

6) l. 38. §. 1. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 5.) Frister §. 14.

7) l. unic. C. de privilegio dotis. (7. 74.) Frister §. 15.

8) l. 22. §. 13. D. soluto matrimonio. (24. 3.)

9) l. 24. D. de jure dotium. (23. 3.)

10) l. unic. C. de privilegio dotis. (7. 74.)

Verschwendern, Kranken und Taubstummen [1]) an dem Vermögen der Vormünder [2]), der Protutoren [3]), und derjenigen, welche sich aus Freundschaft der Angelegenheiten des Hülfsbedürftigen annahmen [4]). Gegen die Obrigkeit findet das Privilegium nicht statt [5]); auch fällt es weg, wenn die Geschäftsführung durch keine persönliche Hülfsbedürftigkeit herbeigeführt wird, wie bei den Curatoren von Abwesenden, von Erbschaften, und von Schuldmassen [6]). Bei dem curator ventris kommt es darauf an, ob der partus geboren wird, indem es nur in diesem Falle gilt [7]). Der Vormund hat seinerseits kein Privilegium, denn bei ihm ist nicht der Fall der Hülfslosigkeit, auch ist er durch Retention gedeckt. Der Vorzug des Pfleglings ist privilegium personae [8]). Ferner steht das Privilegium und zwar allgemein als causae zu: 5) der Forderung von Leichenkosten, in dem schon oben (§. 68. No. 1.) bezeichneten Umfange; ein Privilegium, was noch wichtig wird, insofern man den Vorzug der ersten Classe auf Ansprüche aus der Beerdigung des Schuldners selbst beschränkt. 6) Demjenigen, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes dem Eigenthümer, oder auf dessen Auftrag dem Entrepreneur, baares Geld vorschießt [9]). In beiden Fällen findet das Privilegium gegen den Eigen-

1) l. 19. §. 1. l. 20. l. 21. l. 22. pr. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 5.) Frister §. 16.

2) l. 44. §. 1. D. de administr. tutorum. (26. 7.)

3) l. 19. §. 1. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 5.)

4) l. 23. D. eod.

5) l. 1. §. 14. D. de magistratibus conven. (27. 8.)

6) l. 22. §. 1. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 3.)

7) l. 24. pr. D. eod.

8) l. 19. §. 1. D. eod. l. 42. D. de administr. tutorum. (26. 7.)

9) l. 24. §. 1. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 5.) l. 25. D. de rebus cred. (12. 1.) Frister §. 9.

thümer statt, setzt aber die würkliche Verwendung voraus. Ein Miteigenthümer des Gebäudes erlangt das Privilegium selbst dann, wenn er einseitig über seinen Antheil hinaus die Verwendung macht [1]). 7) Demjenigen, welcher zum Ankauf, zur Erbauung, zur Ausrüstung eines Schiffes leihet, oder bei dem Verkauf desselben das Kaufgeld creditirt [2]). Die Verwendung muß wirklich erfolgt seyn, auch läßt sich das Privilegium auf andere Gegenstände, als Schiffe, nicht ausdehnen [3]). 8) Demjenigen, welcher einem argentarius unverzinslich Gelder deponirt [4]). Eigentlich sollte dies Privilegium mit dem Institut der Argentarien in Deutschland wegfallen, allein der Gerichtsgebrauch wendet es bei öffentlichen [5]), wie z. B. dem Richter in Ansehung der gerichtlichen Deposita, und bei Privatdepositaren an [6]).

2. Gegenseitiges Verhältniß [7]).

§. 77.

Die privilegirten Creditoren haben nicht alle einen gleichstehenden Rang [8]), vielmehr geht 1) der Fiscus allen anderen vor [9]). 2) Erst hierauf folgen die übrigen, und zwar ohne Rücksicht auf Alter pro rata der Forderung [10]). 3) Den Beschluß macht der Creditor aus

1) l. 52. §. 10. D. pro socio. (17. 2.)

2) l. 26. l. 34. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 5.) Frister §. 10.

3) Pufendorf Obs. III, 70. A. M. ist Dabelow S. 224 — 228.

4) l. 7. §. 2. D. depositi. (16. 3.) l. 24. §. 2. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 5.) Frister §. 11.

5) Leyser Sp 487. med. 3.

6) Dabelow S. 637. 638.

7) Siehe überhaupt Frister §. 18., welcher jedoch mehre Grade des Privilegiums aufstellt, als hier angenommen sind.

8) l. 32. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 5.)

9) l. 34. D. eod.

10) l. 32. D. eod. l. 7. §. 2. D. depositi. (16. 3.)

einem unverzinslichen Depositum, wenigstens nach der einen Stelle [1]), während er nach der anderen den ersten Platz hat [2]); ein Widerspruch, welcher um so auffallender ist, als beide Stellen aus Ulpian's Schrift zum Edicte entlehnt sind [3]). Der Umstand, daß die eine Stelle von Argentarien, die andere von Mensularien redet, deutet auf einen hier gewiß sehr unerheblichen Umstand; jede andere Vereinigung aber, z. B. daß man unterscheidet, ob der Gläubiger ihm selbst deponirtes, oder ob er eigenes Geld in Verwahrung giebt, hat in der Fassung der Stellen nicht den geringsten Grund, und ist willkührlich hineingetragen. Schwerlich wird der, wahrscheinlich aus einem Versehen bei der Compilation entstandene, Widerstreit jemals aufgeklärt werden; da aber Privilegien möglichst zu beschränken sind, so wird man sich practisch für den letzten, oder höchstens nur für einen gleichen Platz mit den übrigen entscheiden müssen.

3. Fälschlich zur vierten Classe gerechnete Forderungen.

§. 78.

Manche Juristen [4]) wollen noch in die vierte Classe setzen: 1) den rückständigen Handwerkslohn; 2) die Honorarien der Advocaten, Procuratoren und Notarien; 3) Forderungen der Aerzte, Chirurgen und Apotheker, welche nicht aus der letzten Krankheit herrühren; 4) die Alimentenforderungen; 5) unverzinslich dargeliehene Gelder, welche man noch von der Zeit des alten Verbots der Zinsen her

1) l. 24. §. 2. D. de reb. aut. jud. possid.

2) l. 7. §. 2. D. depositi. (16. 3.)

3) Ueber die mancherlei Vereinigungsversuche s. m. Cujacius Obs. X, 14. Schulting Th. contr. LIX. no. 5 seq. Frister l c. Overbeck de colloc. depos. 1806. Neustetel Römisch-Rechtl. Unters. I, 2.

4) z. B. Walch controv. jur. sect. 4. cap. 3. memb. 2. subs. 2. §. 28. 29.

für eine viel redlichere Schuld achtete [1]; 6) die Kirchen und milden Stiftungen, wegen aller ihrer Ansprüche; aber sämmtlich mit Unrecht, da weder ausdrückliche Stellen, noch ein allgemeiner Gerichtsgebrauch irgend einen Grund dafür enthalten [2]. Vollens ist es eine Unart, wenn Einige [3]) jeden Gläubiger, dessen Befriedigung das richterliche Gefühl anspricht, hierher gesetzt wissen wollen.

D. Fünfte Classe.

§. 79.

In der fünften Classe stehen alle chirographarischen Gläubiger, welche kein Privilegium haben. Ihre Befriedigung erfolgt ohne Vorzug der eigenen vor den Bürgschafts- [4]), der Wechsel- vor den Buchschulden [5]), und ohne Rücksicht auf Alter pro rata der Forderung [6]). Nach Befriedigung sämmtlicher Gläubiger der 5ten Classe folgen als eine sechste Classe noch folgende Gläubiger in folgender Ordnung: 1) der Fiscus wegen Strafgelder aus Vergehen, indem er deshalb weder Privilegium, noch gleiches Recht mit den übrigen hat [7]), da die Stelle, welche das gleiche Recht anerkennt [8]), das viel ältere Recht enthält. Auch Privatpersonen sollten mit bloßen

1) Mittermaier Deutsch. Privatr. §. 190.

2) Dabelow S. 638. 639.

3) z. B. Leyser Sp. 487. med. 7. nach seiner Regel: quotiescunque creditor singularem aequitatis, pietatis, misericordiae favorem prae se habet, toties in quarta classe locandus est. Er selbst schickt die bekannten Worte voraus: erubescere jam, et sine lege loqui incipimus; das erwachende Gewissen wurde aber doch erstickt.

4) Mevius pte. 1. dec. 76.

5) Ludovici Cap. 10. §. 63. 64. Leyser Sp. 133. med. 12. Püttmann's Grundsätze des Wechselrechts. §. 191. Mittermaier Deutsch. Privatr. §. 253.

6) l. 32. D. de rebus autoritate judicis possid. (42. 5.)

7) l. 17. l. 48. §. 1. D. de jure fisci. (49. 14.) l. unic. C. poenis fiscalibus creditores praef. (10. 7.)

8) l. 37. D. de jure fisci. (49 14.)

Strafgeldern anderen Gläubigern weichen, denn die Zurücksetzung einer Schuld, welche ganz gegen den Zweck der Strafe im Falle der Insolvenz des Schuldners mehr die Gläubiger des Schuldigen, als diesen selbst, treffen würde, ist gewiß nicht singulair und erlaubt eine Ausdehnung nach dem Grunde [1]), wofür es selbst eine gesetzliche Analogie hinsichtlich des dem Bestolenen zukommenden duplum giebt [2]); ein solches Strafgeld, nicht wahrer Schadensersatz, ist auch die wegen Injurien zuerkannte Abfindungssumme [3]). Conventionalstrafen sind wie jede andere Vertragsschuld zu behandeln; auch Strafgelder, welche statt des Interesse dienen, stehen nicht zurück. 2) Die donatarii omnium bonorum, welche allen Gläubigern aus anderen Gründen nachstehen (§. 33.); wogegen jeder andere Schenknehmer ganz gleiches Recht mit den übrigen Gläubigern hat, denn die Regel, daß wer Schaden abwenden will, demjenigen vorgeht, welcher Gewinn sucht, ist keine allgemeine [4]). 3) Die Berechtigten aus einem letzten Willen des Schuldners, welche sogar als Pfandgläubiger allen Berechtigten bei Lebzeiten weichen (§. 33.).

E. Allgemeine Regeln der Priorität.

§. 80.

Zum Schlusse sind noch einige allgemeine Regeln über die Priorität zu bemerken: 1) Zinsen haben im Ganzen die nämliche Priorität, wie die Hauptforderung [5]), und zwar ohne Rücksicht auf die Länge der Zeit des Rückstan-

1) Claproth §. 369. No. 4. Weber über Injurien. Th. 2. S. 128.

2) P. G. O. Art. 157.

3) Gajus IV, 8. Weber a. a. O.

4) A. M. ist Leyser Sp. 494. med. 6.

5) Mevius Dec. VIII, 464. Leyser Spec. 488. med. 2. Gmelin Cap. 6. §. 2. Dabelow S. 593 flg.

des; namentlich gilt dies von dem Conventionalpfande, wenn das Pfand in omnem causam oder auch ganz unbestimmt bestellt wurde [1]; ferner von dem privilegium pignoris, selbst von dem wegen Creditums zum Nutzen [2]; endlich auch von dem privilegium exigendi [3]. Gleiche Grundsätze wie von Zinsen, gelten auch von anderen Accessionen der Forderung [4], namentlich von den vor Ausbruch des Concurses erwachsenen Proceßkosten. Das Recht der ingrossirten Hypothek geht natürlich nur auf das würklich Eingetragene, weil nur dies eine offenkundige Schuld ist, um von späteren Gläubigern berechnet werden zu können; es geht also nicht auf nicht eingetragene Conventionalzinsen, nicht auf höhere Verzugszinsen, eigentlich auch nicht auf die Kosten der Ausklagung der Hypothek, wiewohl es damit oft anders gehalten wird. Particularrechte pflegen auch wohl bei dem, was an eingezeichneten Zinsen rückständig ist, den Vorzug auf eine gewisse Zeit zu beschränken, damit der spätere Gläubiger ein Maximum für die möglichen Rückstände herausrechnen könne. Eine Eigenthümlichkeit des Sächsischen Rechts [5], welche auch wohl in anderen Ländern nachgeahmt worden, läßt die Zinsen im Concurse erst nach Befriedigung sämmtlicher Hauptforderungen zu. Der ursprüngliche Grund ist Haß der Zinsen, der spätere, den Capitalverlust des Einen nicht durch den Zinsgewinn eines Anderen zu vergrößern; indessen hat die bessere Einsicht in die Natur der Zinsen und die

1) l. 18. l. 20. D. qui pot. in pign. (20. 4.) l. 8. §. 5. D. de pign. act. (13. 7.) l. 54. pr. D. loc. cond. (19. 2.) l. 2. §. 12. D. de adm. rer. ad civ. pert. (50. 8.) Mein Röm. Privatr. II. §. 344.

2) l. 3. §. 1. D. qui pot. in pign. Mein Röm. Privatr. II. §. 362.

3) Mein Röm. Privatr. §. 407.

4) Mein Röm. Privatr. II. §. 362.

5) Torgauer Ausschreib. v. 1583. Tit. Vom Wucher. (Cod. August. Tom. 1. Pag. 144.)

Sorge für den Landescredit später fast allenthalben zu den gemeinrechtlichen Grundsätzen zurückgeführt. 2) Durch Novation geht der Vorzug einer Forderung verloren; eben so wenn dem Schuldner die aus einem anderen Grunde herrührende Schuld als mutuum gelassen wird [1]; hingegen ist die bloße Ausbedingung von Zinsen dem Vorzugsrechte unnachtheilig [2]. 3) Der Gläubiger, mit dessen Gelde ein Bevorzugter befriedigt ist, hat an sich nicht die Priorität des Abgefundenen [3]; auch die oft behauptete Ausnahme, wenn der Fiscus abgefunden werde, ist gegen klare Stellen [4]; allein a) kann der Abgefundene sein Recht cediren, sogar ein privilegium personae, wie sich von selbst versteht, für seine Lebzeit [5]; b) geht ein Pfandrecht auch ohne Cession über, sobald der Eintritt in des Abgefundenen Stelle Bedingung des Creditum war [6], oder bei dem Ankauf des Pfandes dem Schuldner die Abfindung eines Gläubigers von der Kaufsumme zur Bedingung gemacht ist [7]; c) ist zur Erlangung des privilegium exigendi des Abgefundenen nur nöthig, daß die Abfindung des Privilegirten, nicht daß der Eintritt bezweckt wurde [8]. Unter mehren Pfandgläubigern kann auch noch das jus offerendi et succedendi den Eintritt in des

1) l. 15. D. de reb. cred. (12. 1.)

2) l. 44. D. de adm. tut. (26. 7.) Brunnemann Cap. 5. §. 17. Ludovici Cap. 10. §. 20. Pufendorf Obs. I, 104. §. 5. A. M. ist Dabelow S. 604.

3) l. 3. D. quae res pign. oblig. poss. (20. 3.)

4) l. 3. 7. C. de priv. fisci. (7. 73.) Walch de pec. in solut. prior. cred. §. 15 seq. (Op. Tom. 3.)

5) Mein Röm. Privatr. I. §. 5. a. No. 4.

6) l. 12. §. 8. D. qui pot. in pign. l. 1. C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19.)

7) l. 17. D. qui pot. in pign. l. 3. C. de his, qui in prior. cred. loc.

8) l. 2. D. de cess. bon. (42. 3.) l. 24. §. 3. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

abgefundenen Stelle bewürken [1]. 4) Hat ein vorzüglicher Gläubiger, namentlich die Ehefrau, für den Cridar bei einem schlechteren Gläubiger Bürgschaft geleistet, und dieser wird an seinem Platze nicht bezahlt, so ist letzterer an des ersten Stelle zu befriedigen [2]. Das Nämliche pflegt man nach der Absicht der Interessenten auch anzuwenden, wenn der vorzüglichere Gläubiger zum Besten des schlechteren blos Verzicht auf den Vorzug leistet [3], weil durch die bloße Verzichtleistung ohne Umtausch des Platzes leicht Andere den Gewinn machen würden; doch könnte man die ganze Renunciation wegen Mangel des Interesse als unwürksam ansehen, wenn auch ohne daß der Renunciant vorhanden wäre, dem Renunciaten nichts zufallen würde. Ein hinterlistiges Abläugnen des Vorzugsrechtes, wodurch ein späterer Gläubiger zum Creditiren bewogen wird, ist in der Würkung einer Verzichtleistung auf den Vorzug gleichzusetzen [4]. 5) Bei abweichenden Gesetzen über die Priorität ist auf die Gesetze des Gegenstandes der Concurrenz der Gläubiger zu sehen, weil nur diese Gültigkeit für Alle haben; mithin auf die Gesetze, unter welchen das Vermögen des Schuldners steht, also die seines Wohnortes; für Grundstücke, nicht auch für Mobilien, auf die Gesetze der belegenen Sache [5]. Der Entstehungsort bestimmt nur das Verhältniß jeder Forderung für sich, nicht das gegenseitige Verhältniß mehrer; doch ist insofern auch auf den Entstehungsort zu sehen, daß die Veränderung des Wohnorts des Schuldners nach Entstehung der Forderung nicht neue,

1) Walch l. c. §. 13 seq. Mein Röm. Privatr. II. §. 367.
2) Ludovici Cap. 10. §. 38.
3) Salgado de Somoza III, 13. §. un. no. 44 seq.
4) Kind Quaest. for. IV, 26.
5) Ludovici Cap. 10. §. 11. Dabelow S. 494 flg.

der Forderung früher nicht anklebende, Vorzüge begründen kann. Die Meinung [1]), daß blos auf die Gesetze des Concursortes zu sehen sey, ist insofern richtig, als der Wohnort des Schuldners und der Concursort gewöhnlich zusammentreffen, und als häufig keine Grundstücke vorhanden, oder dieselben am Wohnorte des Schuldners belegen sind; außer diesen Fällen hat sie weiter nichts für sich, als daß man dadurch mancher Schwierigkeit entgeht und sich die Sache leichter macht.

II. Befriedigung der Gläubiger.

A. Vor Eröffnung des Concurses.

1. Gültigkeit.

§. 81.

Auf die abgehandelte Classification folgt in natürlicher Ordnung die Lehre von der Befriedigung der Gläubiger. Ist nun schon vor Ausbruch des Concurses eine Befriedigung einzelner Gläubiger erfolgt, so würkt die mit dem Concurse geltende Aufhebung der isolirten Befriedigung nicht darauf zurück. Ist daher zum Besten einzelner Gläubiger eine Execution erfolgt, so kann diese nicht wieder rückgängig gemacht werden [2]). Eben so wenig kann eine von Seiten des Schuldners gemachte Zahlung, oder Hingabe an Zahlungsstatt, angefochten werden [3]). Eine bloße Assignation von Revenüen und Forderungen, wobei kein Eigenthumsübergang an den Gläubiger erfolgt, kann als bloßes Erhebungsmandat und als widerrufliche Verfügung, für die Masse eingezogen wer-

1) Leyser Sp. 478. med. Anim. 119. 10. Schaumburg princ. prax. jurid. II, 8. §. 15***) u. zum Theil auch Pufendorf

2) Ludovici Cap. 1. §. 6.

3) Mevii Dec. VII, 40.

den [1]); eine Ausnahme ist, wenn der Cridar auf seinen Schuldner zu Gunsten des Gläubigers eine Anweisung ausgestellt und der Assignat bereits ein Zahlungsversprechen an den Assignatar geleistet hat; oder wenn der assignirte Gegenstand dem Gemeinschuldner vom Gläubiger als ein zuständiges Recht abgefordert und richterlich darauf erkannt ist.

2. Anfechtung.

a. Abgesehen von der Paulianischen Klage.

§. 82.

Ausnahmsweise kann übrigens die vor Eröffnung des Concurses erfolgte Befriedigung angefochten werden, und zwar A) ohne daß es dazu der Paulianischen Klage bedarf: 1) wenn der Gläubiger Eigenmacht anwandte, wo Restitution nach den Grundsätzen der Selbsthülfe erfolgt [2]); nur daß es erlaubt ist, dem Schuldner auf der Flucht abzunehmen, was man zu fordern hat [3]). 2) Wenn durch datio in solutum hypothecarische Rechte verletzt sind, wo ebenfalls ein Klagrecht gilt [4]), wenn auch nicht für die Masse, doch für diejenigen, deren Recht verletzt ist. 3) Wenn die Bedingungen der condictio indebiti eintreten, z. B. es ist unwissentlich zu viel gezahlt. 4) Wenn der Fiscus sein Geld verlangt, welches er auch bei befriedigten Gläubigern, selbst wenn diese bona fide consumirten, insoweit suchen darf, als er ohne deren Befriedigung alles, oder eine Rate davon, erlangt haben würde [5]).

1) Kind Quaest. for. II, 6. A. M. ist Leyser Spec. 479. med. 8. 9.

2) Leyser Sp. 496. med. 2.—4.

3) l. 10. §. 16. D. quae in fraud. credit. (42. 8.)

4) Salgado de Somoza I, 10. no. 42—81.

5) l. 18. §. 10. l. 21. D. de jure fisci. (49. 14.)

b. Nach den Grundsätzen der Paulianischen Klage.

§. 82. a.

B) Ein anderer Anfechtungsgrund ist die Paulianische Klage. Sie gilt aber bei Zahlungen der Regel nach nicht [1]), was hauptsächlich daraus abgeleitet wird, daß der Gläubiger nur das Seinige empfange, nebenbei aber auch daraus, daß der Schuldner zur Zahlung gezwungen werden könne [2]); nach jenem Hauptgesichtspunkt würden auch selbst Naturalschulden keiner Anfechtung unterliegen. Schlechtere Priorität des befriedigten Gläubigers ist kein Grund der Revocation, denn auch der schlechtere Gläubiger erlangt nur das Seinige und hat das Recht auf Zahlung [3]); eben so wenig eine Kenntniß des befriedigten Gläubigers von der Insolvenz des Schuldners [4]), da es gewiß höchst unnatürlich wäre, den Gläubiger zu zwingen, dieser Kenntniß wegen etwas zurückzuweisen, was ihm würklich gebührt. Ist absichtlich zu viel gezahlt, so gilt die Paulianische Klage wegen des Mehren; auch kann hier keine Unkunde des Empfängers schützen, weil der Gläubiger ein lucrum machen will. Ist absichtlich die Zahlung verfrüht, so soll nach der einen Stelle das Interusurium restituirt werden [5]), nach der anderen quantum intererat [6]), unter welchem unbestimmten

1) l. 6. §. 6. D. quae in fraud. cred. l. 21. pr. D. de pecul. (15. 1.)

2) leg. cit.

3) A. M. ist Wernher Obs. VIII, 293.

4) l. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred.

5) l. 10. §. 12. D. eod. (Ulpianus lib. 73. ad Ed.) Si cum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit, in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri.

6) l. 17. §. 2. D. eod. (Julianus lib. 49. Digest.) Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore

Ausdruck aber nicht die ganze Summe, sondern auch nur das Interusurium, als das sich immer gleich bleibende Interesse, verstanden seyn kann, weil der Ideengang beider Stellen der nämliche ist, und weil, was der Gläubiger nach Herausgabe des Interusurium besitzt, ein suum desselben ist, und keiner Restitution unterliegt; freilich kann bei einer noch nicht fälligen Schuld die Zahlung nicht erzwungen werden, aber dies ist nur eine Nebenrücksicht, welche gegen die hauptsächliche des suum recuperare nicht entscheidet. Um das Interusurium zurückzufordern, bedarf es keiner Wissenschaft des Empfängers, da er ein lucrum besitzt, aber wohl um die ganze Zahlung, wenn man anders eine solche Anfechtung zuläßt, anzugreifen, weil der Gläubiger dadurch, daß er gegen Empfang der Zahlung seine Forderung einbüßt, in der Lage eines tit. oner. Erwerbenden ist [1]). Eben so wenig, wie die Zahlung, kann die datio in solutum angefochten werden [2]), denn so sehr sie das System der widerrechtlichen Deckungen und die gänzliche Ausplünderung der Masse befördert, so verschafft sie doch dem Gläubiger nur das Seinige und auch sie wendet einen Zwang zur Zahlung gegen den Schuldner ab; es kann also nur das etwaige lucrum des Gläubigers hinsichtlich des Preises oder der Zeit zurückgefordert werden. Pfandrechte, welche dem Gläubiger gleich anfangs bestellt werden, sind eben so wenig der Rescission unterworfen, als das Creditum, weshalb sie bestellt werden (§. 49.); werden sie hinterdrein geschaffen (pignus in vetus debitum), so sollten sie auch dann als bloße Sicherungsmittel und als

reddere debuit: hac actione mulier tantum praestabit, quanti creditorum intererat, dotem suo tempore reddi: nam Praetor fraudem etiam in tempore fieri intelligit.

1) Oeltze de credit. sibi vigil. Jen. 1770. §. 26.

2) Leyser Sp. 495. med. 3. Dabelow S. 422.

nur auf Verhütung von Schaden abzweckend der Paulianischen Klage wohl eben so wenig unterliegen, als die Zahlung selbst, allein weil dabei kein suum recuperare ist, so behandelt sie das Römische Recht wie Alienationen und unterwirft sie der Klage [1]); was auch auf andere der Forderung ertheilte Vorzüge und Cautionen seine Anwendung finden muß [2]). Höchstens läßt sich der Rechtsbestand vertheidigen, wenn die Forderung schon fällig und Zwang zur Zahlung möglich war. Auf eine Wissenschaft des Gläubigers von der betrüglichen Absicht des Schuldners kommt es ohne Zweifel alsdann an, wenn der sicher gestellte Gläubiger sich zu einer Gegenleistung, namentlich zu einer Fristbewilligung, verstand; sonst kann man sie nicht verlangen, denn da einmal der Gesichtspunkt der Alienation entscheidet, so sind auch die Grundsätze der lucrativen Alienation anzuwenden [3]). Unverkennbar ist es übrigens, daß unsere Juristen, welche fast sämmtlich der Paulianischen Klage gegen Befriedigungen einzelner Gläubiger einen größeren Umfang geben, als er hier angenommen ist, sich dadurch verführen lassen, daß sie die Revocation mit der Paulianischen Klage und wegen geübter Gratification nicht scharf

1) l. 2. l. 6. §. 6. l. 10. §. 13. l. 22. D. quae in fraud. cred. Weber Beitr. zu Klagen u. Einr. St. 1. No. 7. S. 73. A. M. ist Dabelow S. 431 flg. Nicht entgegen ist l. 13. D. eod. (Paulus lib. 68. ad Ed.) Illud constat, eum, qui pignus tenet, hac actione (Pauliana sc.) non teneri: suo enim jure, et ut pignus, non rei servandae causa, possidet; sie sagt nur, der begünstigte Gläubiger brauche den Kläger nicht mit in die Communion des Pfandrechts aufzunehmen, wie der Pfandgläubiger aus der Immission dazu verbunden sey; schließt aber die Klage auf gänzliche Vernichtung nicht aus. Weber a. a. O. S. 78. Unrichtig erklären die Stelle Leyser Sp. 495. med. 7 — 9. Dabelow S. 431 flg.

2) Dabelow S. 435 flg.

3) Dabelow S. 437 flg. Weber a. a. O. S. 80 flg. A. M. ist Walch de jure prior. in fraud. cred. imp. §. 16. (Op. Tom. 3)

absondern, und das, nur in einem einzelnen Falle geltende, Recht der letzten sich als ein Recht bei allen Schuldnern überhaupt, und als identisch mit der Paulianischen Klage, denken.

c. Nach den Grundsätzen des Gratificationsprincips.

§. 82. b.

Es giebt nämlich C) noch ein drittes Anfechtungsprincip; zahlt ein suus aus der väterlichen Erbschaft und abstinirt hinterher, so sollen auch geleistete Zahlungen, und um so mehr dationes in solutum, im Falle einer besonderen Gratification gegen den befriedigten Gläubiger der Revocation unterliegen [1]). Diese Bestimmung gilt auch wohl, wenn andere Erben aus der Erbschaft zahlen und sich durch Restitution wieder los machen; auf die Zahlung eines jeden Schuldners ist sie nicht anzuwenden [2]), denn 1) liegen schon in dem grammatischen Zusammenhange Gründe der Beschränkung auf den speciellen Fall [3]); 2) kommt die Zahlung eines sich wieder los-

1) l. 6. §. 1. 2. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) l. 24. D. quae in fraud. cred.

2) de Retes ad l. 24. D. cit. (Op. Lib. 3.) Walch de jure prior. in fraud. cred. impetr. §. 17. Hasche Erläut. der Hamb. Fallit. Ordn. Th. 1. S. 80. Weber Beitr. zu Klag. u. Einr. No. 7. S. 75. Not. 5.

3) l. 24. D. eod. (Scaevola lib. sing. Quaest. publ. tract.) Pupillus patri extitit, et uni creditorum solvit: mox abstinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id, quod accepit creditor, revocandum sit? — an distinguimus, per gratificationem acceperit, an non? ut si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi: sin vero juste exegerit (nicht mit Eigenmacht), — id, quod acceperit creditor, nullo pacto revocari possit. — (Hierin liegt natürlich Bejahung, wie in jeder ohne Antwort aufgestellten Frage). Quid ergo, si cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam: an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito? et si extorserim invito (mit Eigenmacht), revocetur: si non extorserim, non

machenden Erben der eines unbefugten Dritten aus einem fremden Vermögen sehr nahe, und kann mit der des rechten Schuldners nicht verglichen werden; 3) ist die Bestimmung offenbar nur Anwendung des eigenthümlichen Erbschaftsprincips [1]), daß alles, was der Erbe bona fide, diligenter, besorgte, im Falle der Aufgebung der Erbschaft erhalten, hingegen was mala fide, culpa heredis, geschahe, entkräftet wird; 4) paßt die ganze Revocation gar nicht zu dem sonst bekannten Rechte der Paulianischen Klage gegen Zahlungen; 5) würde auf jeden Fall der Grund der Vorschrift als ungewiß behandelt und schon darum jede analogische Ausdehnung als unzulässig betrachtet werden müssen. Nichts desto weniger ist die Mehrzahl der Juristen und wohl meist auch der Gebrauch für die allgemeine Anwendung entschieden [2]). Ohne Zweifel ist es Gratification, wenn die unbefriedigt gebliebenen Gläubiger sich durch Anmahnung wachsam zeigten [3]), und darin eine größere oder doch gleiche Wachsamkeit als der befriedigte bewiesen [4]); was aber wohl nur die zurückgesetzten, nicht die übrigen zur Klage berechtigt [5]), und auch die zurückgesetzten nur zu einer Klage auf eine gleiche Rata mit dem befriedigten. Zeigt sich dagegen die Gratification blos darin, daß, wäh-

revocetur? Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci, jus civile vigilantibus scriptum est: ideo quoque non revocetur id, quod percepi. (In den Endworten „Quid ergo" kommt Scävola auf den regelmäßigen Fall der von dem rechten Schuldner, nicht dessen Erben, vor dem Concurse geleisteten Zahlung zurück, und verwirft in diesem, wenn keine Eigenmacht geübt ist, alle Unterscheidungen und jedes Revocationsrecht.)

1) l. 44. D. de re judic. (42. 1.) l. 6. §. 2. D. de reb. auct. jud. poss.

2) Dabelow S. 426 flg.

3) l. 6. §. 2. D. de reb. auct. jud. poss. verb. „ne alterius aut negligentia, aut cupiditas, *huic*, qui *diligens fuit*, noceat. Quod si *utroque instante* tibi gratificatus solvit."

4) Dabelow S. 427 flg.

5) arg. l. 15. D. quae in fraud. cred.

rend die Gläubiger sämmtlich stille sitzen, der Schuldner die Zahlung aus freien Stücken anbot, so sollte sie billig dem Gläubiger nicht schaden, weil sonst, wer bei längerem Warten des Schuldners gewiß gefordert hätte, durch dessen Entgegenkommen in eine schlechtere Lage käme; auch legt eine Stelle des Römischen Rechts auf dies offerre von Seiten des Schuldners im Gegensatz des exigere von Seiten des Gläubigers kein Gewicht [1]). Unkunde des Gläubigers von der fraus hindert die Revocation nicht, weil die Anwendung des Gratificationsprincips es mit sich bringt, blos auf die tadelnswerthe Handlungsweise des Schuldners zu sehen [2]). Auch ist, wenn zu viel oder zu früh gezahlt ist, die Zurückforderung des Ganzen unbedenklich. Die Klage bei Anwendung des Gratificationsprincips ist wohl eigentlich die condictio sine causa, nicht die Publiciana, und wenn man gleich gewöhnlich an diese denkt, so wendet man davon wohl selten mehr, als die kurze Dauer an.

B. Während des Concurses.

1. Aufhebung der Prävention.

§. 83.

Nach Ausbruch des Concurses hört in Gemäßheit der par conditio creditorum (§. 11.) die Zulässigkeit jeder Prävention unter den Gläubigern auf, und es gilt blos eine Befriedigung nach den bestehenden Prioritätsrechten; was schon aus dem ganzen Zweck des Concurses, insonderheit aber aus der gleichen Concurrenz aller zu dem gemeinschaftlichen Befriedigungsobjecte, mit Nothwendigkeit abfließt. Folgen des Grundsatzes sind:

1) l. 24. D. eod. 2) Dabelow S. 430.

1) der Cridar kann keinem der Gläubiger vor den übrigen Zahlung leisten [1]), was nach Römischem Rechte eine große Beschränkung ist, da der Schuldner auch nach eröffnetem Concurse Disposition behält, und vollens Zahlungen gar keiner Paulianischen Klage unterworfen sind. Sollte übrigens der vom Cridar befriedigte Gläubiger vermöge seines Privilegiums jedenfalls befriedigt werden, so braucht er nicht zurückzugeben, was ihm doch wieder werden muß. 2) Keiner der Gläubiger darf behalten, was er dem Schuldner an Vermögensstücken abnimmt, oder sonst entdeckt [2]); selbst wenn die herbeigeschaffte Sache so gut als verloren war, kann er sie weder als Zahlung behalten wollen, noch eine besondere Priorität daran in Anspruch nehmen [3]), denn das bloße Erhalten einer Sache giebt nach Römischem Rechte kein Recht darauf. 3) Güterarreste zum Besten einzelner Gläubiger können nicht mehr ausgewürkt werden, selbst die ausgewürkten müssen aufhören oder doch gemeinschaftlich werden [4]), weil die Befriedigung hier immer noch zukünftig ist; auch bewürkt der erlangte Arrest, als eine bloße Caution, welche keine Rechte giebt, sondern nur sichert, nach gemeinem Rechte keine bessere Priorität, namentlich kein Pfandrecht [5]). 4) Executionen können nicht mehr erkannt werden [6]), selbst die erkannten haben keinen Fortgang [7]), weil auch hier die Befriedigung noch künftig ist. Davon machen auch die begünstigtesten Proceßarten, wie der Mandats- und Execu-

1) l. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

2) l. 10. §. 16. D. eod.

3) Dabelow S. 539. A. M. ist Leyser Sp. 489. med. 10. (v. Trütschler) von der Präclusion der Gläubiger. II, 2. §. 48.

4) arg. l. 12. pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

5) Leyser Sp. 475. med. 7 seq.

6) Mevii Dec. VI, 103.

7) Mevii Dec. VI, 105.

tivproceß, keine Ausnahme; selbst nicht der Wechselproceß, vorausgesetzt, daß die Execution auf das Vermögen, nicht blos auf die Person erstreckt werden soll. Ist es übrigens mit der Execution so weit gediehen, daß bereits die Auspfändung erfolgte, so genießt der Gläubiger wenigstens das pignus, quod in causa judicati capitur.

2. Art der Befriedigung.

§. 84.

Die Befriedigung geschieht, soweit es die Masse erlaubt, ganz vollständig; jedoch mit Abzug dessen, was der Gläubiger anderswo empfangen hat. Noch nicht fällige Forderungen werden schon vorher gezahlt, aber freilich mit Anrechnung des Interusurium. Bedingte Ansprüche werden nicht leicht unter Caution wegen Zurückgabe befriedigt, sondern es wird entweder eine angemessene Summe zurückbehalten, oder auch eine spätere Forderung unter Caution wegen Zurückgabe an den bedingten Gläubiger ausbezahlt [1]). Kann oder will der Concurs zur fortwährenden Zahlung immerwährender Renten, sofern diese nicht eine Reallast sind und also nicht auf den Käufer übergehen, keine Anstalt treffen, so ist das Capital zurückzuzahlen. Temporaire Gefälle, welche gewiß sind, werden zusammengerechnet, und wie die noch nicht fällige Forderung befriedigt; sind sie ungewiß, so wird wie bei bedingten Forderungen verfahren. Bei einem Leibrentencontract können die Gläubiger aus einem zu diesem Zweck ausgesetzten Capitale die Rente fortbezahlen, oder sonst wegen der Fortzahlung Sicherheit bestellen; ist dies aber zu beschwerlich, oder hat die Rente keine vorzügliche

1) Salgado de Somoza I, 8. no. 43 seq. Brunnemann III, 5.

Priorität, so muß sie capitalisirt werden, aber nicht nach dem Restitutionsprincip, daß der Gläubiger das Capital zurückempfängt mit Abzug wegen der schon genossenen Rente, sondern nach dem Schätzungsprincip, daß der Gläubiger empfängt, was die Rente zur Zeit des Concurses werth ist, da kein Grund ist, den Vortheil oder Nachtheil eines seinen ursprünglichen Bedingungen nach vortheilhaften oder nachtheiligen Rentencontracts zu vernichten [1]). Sollte der ausgenommene Fall eintreten, daß die Gläubiger statt Geldes mit Sachen befriedigt werden (§. 57. a. E.), so müssen alle etwas von den Sachen annehmen [2]), und würde es widerrechtlich seyn, diese Art der Befriedigung blos einem Einzelnen aufzunöthigen [3]). Nach der gemeinen Meinung ist den hypothecarischen Gläubigern vorzugsweise der Gegenstand ihres Pfandrechts zu überlassen [4]); nächstdem aber der Weg der Verloosung zu wählen [5]). Ansprüche gegen Dritte muß der befriedigte Gläubiger dem Concurse cediren; aber nicht bei blos theilweiser oder provisorischer Befriedigung [6]).

3. Zeit der Befriedigung.

§. 85.

Ein Anspruch auf Befriedigung von Seiten des Gläubigers findet sich am Ende des Concurses; aber auch schon vorher, wenn folgendes zusammentrifft: 1) etwas zur Vertheilung vorhanden ist; 2) der Gläubiger im Concurse sicher befriedigt werden wird; 3) gewiß ist, daß kein

1) Salgado de Somoza I, 19 et 20. Eichhorn's Deutsch. Privatr. §. 116.

2) Mevii Dec. VI, 393. Happel Anl. Concursproc. abzuw. §. 182 flg.

3) Salgado de Somoza II, 3. no. 1 seq. Pufendorf Obs. IV, 65 et 268.

4) Happel a. a. O. §. 185.

5) Happel a. a. O. §. 183.

6) Wernher Obs. X, 495.

besserer und kein gleichberechtigter Gläubiger vorhanden ist, indem im ersten Fall der Anspruch gar nicht, im zweiten nur theilweise begründet ist. Treffen diese Voraussetzungen zusammen und die Forderung ist zugleich eine verzinsliche, so würde die Verweigerung der Befriedigung für die Masse ohne allen Nutzen seyn, und nur in eine eigensinnige Rechtsvorenthaltung ausarten, wenn nicht gar Eigennutz der Concursadministratoren zum Grunde liegt; allein auch wenn die Forderung unverzinslich ist, darf sich der Concurs mit dem Schaden des Gläubigers nicht dadurch bereichern, daß er den Betrag der Schuld einstweilen noch für Rechnung der Masse nutzt [1]). Daß der Gläubiger des Geldes dringend bedarf, ist kein Grund zur Verstärkung seines Rechts auf frühere Zahlung [2]). Eben so wenig kann der Gläubiger auf sofortige Entrichtung der Zinsen noch vor dem Capitale bestehen, denn Zinsen sind auf keinen Fall besser als das Capital, und deren sofortige Entrichtung würde das Recht aller vorstehenden Gläubiger verkürzen. Wählt der Concurs die zu befriedigende Forderung, so fällt die Wahl auf die lästigste für die Masse [3]). Oft leistet der Concurs Stückzahlung, welche nach der gemeinen Meinung, um den Fortlauf der Zinsen zu hindern, immer erst auf das Capital abgerechnet wird [4]), weil, wenn auch sonst zuerst auf die Zinsen abgerechnet werde, der Schuldner das Recht habe, blos auf das Capital zu zahlen, eine solche Erklärung aber zum Besten des Schuldners immer zum Grunde gelegt werden müsse, wenn er

1) Leyser Sp. 177. med. 3. Gönner §. 27.

2) Gönner a. a. O. Not. 5. A. M. ist Dabelow S. 680. Not. v.

3) l. 1. § 2. D. de curat. bon. dando. (42. 7.)

4) Pufendorf Anim. 128. Hommel Rhapsod. 639, 7. Kind Quaest. for. I, 78. IV, 75. v. Bülow's u. Hagemann's Pr. Erört. I, 71. v. Schirach's Beiträge 1822. No. 2. A. M. ist Hoch Mag. f. d. Conc. II, 1.

selbst sich zu äußern nicht im Stande sey. Zwar kann der Gläubiger lieber warten wollen, bis er das Ganze empfängt, auch geht dann die Verzinsung des Capitals fort, indessen gewinnt der Gläubiger dadurch nicht, da er sich die Zinsen durch anderweitige Benutzung des Capitals ebenfalls verschaffen könnte. In Administrationsconcursen bilden die nach und nach eingehenden Revenüen den Tilgungsfond, woraus successiv abgetragen wird. Auch hier hat der Gläubiger aus den vorhin bemerkten Gründen keinen Anspruch auf Zinsen, ehe das Capital an der Reihe ist. Weil aber dadurch für Gläubiger, welche erst nach vielen Jahren zur Hebung kommen, wegen der unzulässigen Zinseszinsen und Zinsen über die Höhe des Capitals ein großer Verlust entsteht, so wird gewöhnlich die Einrichtung getroffen, daß alljährlich alle Gläubiger erst herabgesetzte Zinsen empfangen, ehe der Capitalabtrag fortrückt.

4. Impugnation der Befriedigung.

§. 86.

Auch nachdem die Masse vertheilt ist, können die unbefriedigt gebliebenen Gläubiger, welche ein besseres oder gleiches Recht haben, gegen die Befriedigten mittelst einer condictio sine causa ihren Regreß nehmen [1]). Die bona fides des befriedigten Gläubigers schützt nach allgemeinen Regeln nur gegen Herausgabe des nicht mehr Vorhandenen, nicht auch dessen, was noch da ist [2]). Unbedingt geschützt ist dagegen der Empfänger gegen nicht erschienene Gläubiger durch Ladung und Präclusivbescheid (§. 116.) und gegen erschienene durch Rechtskraft des Prio-

1) arg. l. 22. §. 5. 6. C. de jure del. (6. 30) (v. Trützschler) von der Präcl. der Gläub. II, 3. §. 5. 6.

2) A. M. ist Hommel Rhaps. 398.

ritätsurtheils (§. 138. 139.). Das letzte Schutzmittel ist noch die Extinctivverjährung der Klage, nicht aber die Adquisitivverjährung des Eigenthums, da diese gegen eine in personam actio ganz unwürksam ist [1]). Sind der befriedigten Gläubiger mehre, so kann sich der Berechtigte blos an denjenigen halten, welcher durch Uebergehung des Klägers mehr erhielt [2]), nicht an wen er will [3]).

C. Nach Beendigung des Concurses.

§. 87.

Ein dunkler Punkt im älteren Römischen Rechte ist das Nachmahnungsrecht der Gläubiger. Kam es zur venditio bonorum, so spricht für den Verlust der Nachforderung das in diesem Acte liegende Analogon einer Capitisdeminution [4]), ferner der mit der venditio bonorum verknüpfte Verlust der Klagen ex ante gesto [5]), und das gleich näher zu bemerkende beschränkte Recht der nach statt gehabter venditio bonorum gegen den Schuldner noch zulässigen actio Pauliana. Auf der anderen Seite sagt Gajus [6]), es könnte über die nämliche Person mehrmals hinter einander zur venditio bonorum kommen, deren Zulässigkeit nach dem Zusammenhange wohl nicht blos auf Gläubiger aus Gründen nach der ersten venditio zu beschränken ist; auch ließ die cessio bonorum die Nachmahnung zu [7]). Seitdem es keine eigentliche venditio bonorum mehr gab, war ohne Zweifel stets ein Nachforderungs-

1) Dabelow S. 557. A. M. ist (v. Trützschler) v. d. Präcl. d. Gläub. II, 3. §. 30.

2) arg. l. 1. §. 3. D. si pars hered. pet. (5. 4.)

3) A. M. ist Salgado de Somoza III, 14. no. 10 seq.

4) Meine Rechtsgesch. §. 592.

5) l. 25. §. 7. D. quae in fraud. credit. (42. 8.)

6) Gajus II, 155.

7) l. 6. 7. D. de cess. bon. (42. 2.)

recht begründet; und im heutigen Concurse wird dasselbe von Niemandem bezweifelt. Die Gläubiger dürfen auch den geringsten neuen Erwerb in Anspruch nehmen, müssen aber den Beweis eines wieder erlangten Vermögensbesitzes führen, welcher, ausgenommen bei den in die Augen fallenden Erwerbungen, selten Erfolg hat. Im Falle der cessio bonorum muß zwar der Schuldner nachzahlen [1]; allein 1) kann sein neu erworbenes Vermögen nicht eher wieder in Anspruch genommen werden, als bis es beträchtlich geworden ist [2]; 2) darf er von demselben soviel vorabziehen, als zu seinem Lebensunterhalte erfordert wird [3]. Als neu erworbenes Vermögen ist hier aber nicht anzusehen, was schon gleich anfangs bei Eröffnung des Concurses vorhanden ist und blos später eingeht (§. 35. No. 1.); auch nicht dasjenige, was noch während der Dauer des ersten Concurses erworben wird (§. 35. No. 2.), obgleich die Rechtslehrer in Bezug auf die Wohlthat der Competenz den Begriff des neu Erworbenen gewöhnlich nach dem Augenblick der Eröffnung des Concurses bestimmen [4]. Will der Gläubiger das Nachforderungsrecht nicht durch Klage, sondern durch Compensation geltend machen, so fallen alle Beschränkungen weg. Ein eigenes Nachmahnungsrecht der Gläubiger war bei den Römern die actio Pauliana gegen den Schuldner selbst [5], welcher betrüglich gegen die Gläubiger handelte, auf den Betrag des Veräußerten [6]. Es soll dabei nicht in Betracht kommen, daß der Schuldner gewöhnlich nichts hat, die Klage also als eine

1) l. 1. C. qui bonis ced. poss. (7. 71.)

2) l. 6. 7. D. de cess. bon.

3) §. 40. J. de action. (4. 6.) l. 4. pr. D. de cess. bon.

4) Dabelow S. 516. Gönner §. 11.

5) Das Beste hierüber findet sich bei Cujacius Obs. XII, 5. Maranus Parat. ad Pand. XXXXII, 8.

6) l. 1. pr. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

Vexation erscheint, weil der Schuldner diese poena wohl verdiene [1]; woraus man den sonderbaren Satz gemacht hat, die actio Pauliana gegen den Schuldner gehe auf eine Privatstrafe, wohl gar auf gefängliche Einziehung des Schuldners, was nach der Natur der actio Pauliana als einer prätorischen Restitutionsklage und als einer reinen rei persecutoria actio ganz unmöglich wäre. Die Klage dauert nur Ein Jahr [2], und nur wenn der Schuldner seine Güter so veräußerte, daß er sie wieder gewann, auf das Wiedergewonnene 30 Jahre [3]. Offenbar giebt im neueren Recht die gegen den Debitor fortdauernde Schuldklage ein besseres Nachmahnungsrecht, als früher die gegen ihn zugelassene Paulianische Klage.

1) l. 25. §. 7. D. eod.
2) l. 6. C. de revoc. his, quae in fraud. credit. (7. 75.)
3) l. 10. §. 24. D. quae in fraud. credit.

Sechstes Hauptstück.

Von Beendigung des Concurses.

§. 88.

Sind die Ansprüche der Gläubiger noch Einwendungen ausgesetzt, so erreicht der Concurs sein Ende durch die defensio, d. h. Vertheidigung unter Cautionsleistung, sowohl im Falle der Immission [1], als der Cession [2]; und es ist ohne Grund, dies auf den Römischen Concurs zu beschränken [3]. Außer diesem Falle erlöscht der Concurs: 1) durch Aufhebung der Bedingungen, namentlich durch wiederhergestellte Solvenz, welche der Cridar zu beweisen hat. Uebernimmt ein Einziger sämmtliche Forderungen, so fällt wenigstens alles weg, was sich blos auf die Mehrheit der Gläubiger bezieht, denn die Regel, daß eine universitas auch durch einen Einzelnen erhalten wird, ist auf das, gar keine universitas bildende, Corps der Gläubiger ganz unanwendbar [4]. 2) Durch Moratorien, welche der Schuldner noch nach Ausbruch des Concurses bewürkt. 3) Durch Nachlaßverträge, welche er noch nachher eingeht. 4) Durch Zahlung, welche er den Gläubigern leistet. 5) Durch Austheilung des

1) l. 33. §. 1. D. de reb. aut. jud. poss. (42. 5.)

2) l. 5. D. de cess. bon. (42. 3.)

3) A. M. ist Salgado de Somoza III, 16. no. 1 seq.

4) A. M. ist Salgado de Somoza l. c. no. 50 seq.

Vorhandenen unter die Gläubiger; wodurch der Concurs immer aufhört, gesetzt auch, daß Gläubiger unbefriedigt bleiben und ein Nachmahnungsrecht behalten [1]). Administrationsconcurse erlöschen auch durch den Tod des Schuldners, wenn dadurch das Nutzungsobject in fremde Hände fällt. — Verfügungen, welche die Creditoren befugterweise über die Güter getroffen haben, muß sich der Schuldner gefallen lassen (§. 57.); alles Uebrige empfängt er zurück, ohne daß es deshalb einer Retradition oder Rückcession bedarf, da nicht sein Eigenthums-, sondern nur sein Dispositionsrecht aufgehoben war; auch kann der Schuldner, was aus Contracten der Gläubiger noch zu erheben steht, für seine Rechnung einziehen. War es im Concurse schon zu der älteren Römischen venditio bonorum gekommen, so verlor der Schuldner alle Klagen ex ante gesto [2]); seitdem diese wegfiel, ging dem Schuldner nie mehr als der einzelne von den Gläubigern veräußerte Gegenstand verloren.

1) A. M. ist Salgado de Somoza l. c. no. 59 seq.

2) l. 4. D. de curat. bon. dando (42. 8.) l. 40. D. de operis lib. (38. 1.)

Siebentes Hauptstück.

Von dem Concursprocesse.

1. Gegenstand des Concursprocesses.

§. 89.

Seitdem der heutige Concurs nur durch gerichtliche Concurrenz besteht, giebt es einen Concursproceß, d. h. ein gerichtliches Verfahren in Concurssachen. Der Gegenstand desselben sind theils Regulirung der Activmasse und die sich daran anschließenden Administrations- und Rechnungssachen, welche das Gericht durch seine Mitwürkung zu fördern sucht; theils Regulirung des Schuldenstandes, und die sich daran anknüpfenden Rechtsstreitigkeiten zwischen den Interessenten des Concurses, mit einem Kläger und Beklagten, unter welchen das Gericht den Rechtspunkt entscheidet. Andere Civilprocesse haben es nicht mit Administrations- und Rechnungssachen, sondern allein mit Rechtsstreitigkeiten zu thun; daher der Concursproceß insofern eine ganz eigenthümliche Gestalt hat. Die Hauptmassen des Concursprocesses sind: 1) Eröffnung des Concurses; 2) Berichtigung des Activstandes; 3) Ausmittlung der Liquidität und Priorität; 4) Distribution der Masse an die Gläubiger.

2. Eigenthümlichkeiten des Concursprocesses.

§. 90.

Der Concursproceß ist 1) nicht der ordentliche, d. h. der langsame, gebundene, sondern der summarische, d. h. der schnelle, freie Proceß. Diese Eigenschaft liegt nicht nur in der Natur der Sache, da für die mannichfaltigen und verwickelten Verhältnisse des Concurses der bedächtliche, fast ängstliche, Gang des ordentlichen Processes nicht genügt, sondern sie hat auch den historischen Grund der Entstehung des Concursprocesses aus dem Gantprocesse (§. 1.) und seines Zusammenhanges mit der Executionsinstanz (§. 9.) für sich. Daher erkennen auch alle Proceßordnungen, welche auf diesen Punkt zukommen, die summarische Natur an. Ein ausdrückliches, gemeinrechtliches, Gesetz, wie in anderen summarischen Processen, kann man für diese Eigenschaft des Concursprocesses nicht verlangen, weil der ganze Concurs auf keinem Gesetze beruht. Folgen der summarischen Natur sind nicht die Aufopferung von materiellen Rechten der Parteien, aber wohl, daß oft mündlich verfahren wird, daß die Termine kürzer sind und nicht wiederholt anberaumt werden, auch daß die Instruction der Beweise weniger förmlich ist. Zugleich ist der Concursproceß 2) ein bestimmt summarischer, denn nicht nur ist das Verfahren in mehren Beziehungen noch näher regulirt, was Manche noch nicht für hinreichend zur Annahme eines bestimmt summarischen Processes halten, sondern hat auch einen ganz eigenthümlichen Character, und ganz eigenthümliche Proceßhandlungen, wodurch es sich von allen anderen bürgerlichen Proceßarten unterscheidet. Ferner ist 3) die Thätigkeit des Gerichts im Verhältniß zu anderen Civilprocessen beträchtlich vergrößert,

und Manches dem Officialverfahren überlassen [1]), was aber nicht übertrieben werden darf, und nur insofern gegründet ist, daß der Richter Schuldmassen, welche ohne Verwaltung sind, unter Aufsicht nimmt (§. 107.), nach eröffnetem Concurse aber für das Interesse der Masse sorgt und den curator bonorum und contradictor controllirt, beides aus einer obervormundschaftlichen Fürsorge in Fällen der Hülfsbedürftigkeit, auch alle Schritte einleitet, um Rechtsverletzungen durch Eintritt des Concurses zu verhüten, aber nicht darauf gerichtet ist, für das Interesse dieses oder jenes einzelnen Gläubigers besorgt zu seyn. 4) Ein wichtiger Unterschied des Verfahrens im Concurse entsteht übrigens daher, ob der Concurs zu den größeren oder kleineren gehört; wobei hauptsächlich auf die Geringfügigkeit der Activmasse zu sehen ist, sie sey dies schon an sich, oder doch im Verhältniß zu dem großen Passivstande, eine bestimmte Summe als näheres Criterium des Geringfügigen aber dem Particularrecht überlassen bleiben muß. Bei diesen Bagatellconcursen ist die schnelle Behandlung und die Officialthätigkeit des Gerichts besonders an ihrem Platze.

3. Kosten des Concurses [2]).

§. 91.

Der Concurs veranlaßt bedeutende Kosten, und ist es daher wichtig, wem selbige zur Last fallen. A) Vor Eröffnung des Concurses giebt es blos Kosten der einzelnen Gläubiger und des Schuldners, welche bei jenen die Forderung vergrößern und als Zugabe im Concurse profitirt

1) J. H. Boehmer J. E. P. I, 32. §. 25.

2) Nettelbladt de sumt. conc. cred. Halae 1754. Gmelin's Ordn. der Gläub. Cap. 2. §. 1. Dabelow S. 649 flg.

und im Prioritätsurtheil mit locirt werden. B) Ist der Concurs eröffnet, so fallen 1) die Kosten von Streitigkeiten der Creditoren unter einander diesen zur Last [1]. 2) Die übrigen Kosten trägt eigentlich der Cridar [2], da dieser aber fürs Erste nichts besitzt, so treffen a) die Professions- und Liquidationskosten den einzelnen Gläubiger; zwar unter Vorbehalt des künftigen Regresses gegen den Schuldner, aber ohne die Befugniß, sie im Concurse mit zu liquidiren [3], sowohl weil sie erst nach Eröffnung des Concurses entstehen, als weil man gegen den Concurs die Kosten compensiren zu müssen glaubte; und kann selbst die ausdrückliche Zusage in der Schuldverschreibung hieran nichts verändern [4]. b) Die Kosten zum Zweck des Concurses im Ganzen, auch Concurskosten im engern und vorzüglichen Sinne, sie mögen nun durch eine gerichtliche Rechtsverfolgung zum Besten der Masse (sumtus processus), oder durch sonstige Maaßregeln in Bezug auf dieselbe (sumtus oeconomici) entstehen, werden aus der Masse bestritten, so daß nur das Uebrigbleibende zur Vertheilung kommt, wie dies die Analogie [5] und auch die gemeine Meinung für sich hat [6]. Erst am Ende des 17ten Jahrhunderts entstand in den Ländern des Sächsischen Rechts durch die Schöppenstühle [7] und dann auch durch ausdrückliche Gesetze [8] ein an-

1) Mevii Dec. VII, 322. Hommel Rhaps. 793.

2) arg. l. 9. §. 3. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) Dabelow S. 665 flg.

3) Dabelow S. 655 flg. S. 659 flg.

4) v. Bülow's und Hagemann's Pr. Erört. I, 64.

5) l. 8. D. depos. (16. 3.) l. 22. §. 9. C. de jure del. (6. 30.)

6) Salgado de Somoza III, 11. no. 3. Leyser Sp. 481. med. 4. 5. Pufendorf Obs. IV, 249. Nettelbladt §. 14 seq. §. 23 seq. Dabelow S. 668 flg.

7) Leyser l. c.

8) Erläut. Proc. Ordn. v. 1724. Tit. 42. §. 1.

deres Verfahren, daß, um durch einen größeren Massebestand mehren Gläubigern Befriedigung zu verschaffen, alle zur Hebung kommenden Gläubiger pro rata ihrer Dividende beitragen mußten, unter Vorbehalt des künftigen Regresses gegen den Schuldner. Eine Zeitlang wurde dies auch in anderen Ländern nachgeahmt, bis der daraus entspringende empfindliche Nachtheil für den Credit [1]) die Rückkehr zu dem gemeinrechtlichen Grundsatz herbeiführte. Werden Sonderungen von Vermögenstheilen nöthig (§. 74.), so fallen die gemeinschaftlichen Kosten auf jede Masse pro rata, die besonderen auf jede ausschließlich. Gewöhnlich behauptet man, wenn auch nicht aus triftigen Gründen, daß ein Retentionsrecht an der Masse, von der Verabfolgung der nöthigen Concurskosten nicht befreie [2]). Ist gar nichts vorhanden, so müssen die Concursgläubiger das Nöthige zu den von der Masse unternommenen gerichtlichen Schritten hergeben (§. 64.). C) Ein Armenrecht mit der Folge, daß die Gebühren einstweilen annotirt werden, kommt dem Cridar (§. 30.) und den einzelnen Gläubigern unbedenklich zu Statten; viel weniger der Masse, wegen der im Hinterhalt stehenden Verbindlichkeit sämmtlicher Concursgläubiger (§. 64.); doch ist man nicht immer so streng, wenigstens so lange die Gläubiger noch nicht convocirt sind und so lange es noch ungewiß ist, ob sie nicht lieber die Verfolgung ihres Rechts im Concurse aufgeben, als Kostenbeiträge leisten wollen. — Das weitere Detail gehört zu den einzelnen Lehren.

1) Möser's Patr. Phant. III, 67.

2) Mevii Dec. II, 345. V, 314. Dabelow S. 664.

Erster Abschnitt.

Von den Subjecten des Concursprocesses.

I. Von den Hauptpersonen.

A. Vom Concursgerichte.

1. Competenzpunkt.

§. 92.

Das Concursgericht kann nur ein bürgerliches seyn, weil der Concurs als bürgerliche Rechtssache nur an die bürgerlichen Gerichte gehört. Die Gläubiger verfahren gegen den Schuldner, daher dieser als der Beklagte den Gerichtsstand bestimmt [1]). Von den verschiedenen Gerichtsständen des Civilprocesses ist aber nur der der persönlichen Unterwürfigkeit des Schuldners, namentlich des Wohnorts anwendbar, weil nur unter diesem Gerichte das sämmtliche Vermögen des Schuldners, und sämmtliche Arten von Klagsachen stehen [2]); daher auch der Besitz von Grundstücken unter einem anderen Gericht zwar wohl eine Entscheidung über den Vorzug mehrer zu der Sache concurrirenden Berechtigten, aber keine Competenz für den eigentlichen Concurs begründet [3]), obgleich der Gerichtsbrauch es nicht immer so genau nimmt, besonders wenn die Masse hauptsächlich nur aus einem einzelnen Grundstück besteht; auch da, wo voller Landsassiat gilt, der Besitz des Grundstücks eine gleiche Competenz wie das Domicil begründet. Der irgendwo begründete Gerichtsstand dauert auch nach dem Tode des Schuldners für den Concurs über die Erbschaft so lange fort, bis der

1) Salgado de Somoza l. cap. 2. no. 1 seq. cap. 6.

2) Ludovici Cap. 1. §. 10. Dabelow S. 716 flg.

3) Hommel Rh. Obs. 617. 870.

Erbe antritt. Wohnt der Schuldner in verschiedenen Gerichten, oder hat auch in verschiedenen Gerichten Güter, so muß wegen der Unzulässigkeit mehrer gleichzeitigen Concurse (§. 11.) die Prävention über die ausschließliche Zuständigkeit des Einen Gerichts entscheiden. Enthalten ist die Prävention in jeder Handlung, wodurch sich das Gericht in der Concurssache für competent erklärt, wozu jede Ladung in der Concurssache, ja selbst der Abschlag des Gesuchs um Eröffnung des Concurses gerechnet werden muß, so daß dem erneuerten Antrag auf Eröffnung bei dem anderen Gerichte die exceptio litis alibi pendentis entgegensteht, den Fall ausgenommen, wenn der Abschlag wegen Incompetenz oder fehlerhafter Einleitung der Sache erfolgt. Die Prävention entscheidet nicht blos unter mehren dem nämlichen Obergerichte subordinirten Gerichten, sondern gilt auch im Verhältniß zu Gerichten ganz anderer Provinzen desselben Staats. Statt der Prävention kann auch wohl das Obergericht unter mehren gleich competenten Gerichten die Entscheidung geben. Die Obergerichte haben auch in Concurssachen nicht die erste Instanz, denn die Meinung einiger älteren Rechtslehrer [1]), daß jeder Cridar als mitleidswürdige Person die Eröffnung des Concurses bei dem höheren Richter fordern könne [2]), wird auch ohne Rücksicht auf den zweifelhaften heutigen Gebrauch des ganzen Römischen Privilegiums mitleidswürdiger Personen jetzt schon darum Niemand vertheidigen wollen, weil Cridare im Gesetz nicht mit genannt sind und viel seltener einen Anspruch auf Begünstigung haben, als die würklich genannten Personen. Haben einzelne Stände

1) Salgado de Somoza I, 2. no. 28 seq. Brunnemann I, §. 2. Stryk ibid.

2) Nach l. un. C. quando imp. int. pup. (3. 14.)

im Staate einen privilegirten persönlichen Gerichtsstand bei einem Unter- oder Obergericht, so gilt derselbe auch in Concursfällen.

2. Universalität und anziehende Kraft des Gerichts.

§. 93.

Aus der Einheit des Concurses und folglich auch des Concursgerichts geht die Universalität und anziehende Kraft des Concursgerichts hervor, deren Folgen nicht weiter bestritten werden können, sobald man einmal den Grundsatz selbst zugiebt. 1) In Rücksicht der Gütermasse folgt daraus, daß das Gericht alle Vermögensstücke an sich zieht, selbst die in fremder Jurisdiction [1]). Mobilien werden auf Requisition des Concursgerichts übersandt; bei Grundstücken läßt sich zwar der Richter der belegenen Sache den Verkauf nicht nehmen, er richtet sich aber nach der Aufgabe des Concursgerichts, übersendet diesem das nach Abzug der Kosten übrig bleibende Kaufgeld [2]), und überläßt dem Concursgericht die Bestimmung, wem dasselbe gebühre, so wie die Auszahlung an den Berechtigten. 2) In Rücksicht der Ansprüche gegen die Gütermasse folgt daraus, daß alle erst jetzt beginnenden Liquidationen an das Concursgericht gehören, und ist es in der That noch unbedenklicher, daß der Concurs alle Processe, als alle Güter an sich zieht, da, wer aus der Masse befriedigt seyn will, auch dieser folgen muß. Für den Liquidanten entspringt daraus auch kein beträchtlicher Nachtheil, und für den Concurs erwächst der große Vortheil, daß das Verfahren den Zwecken des Concurses gemäß eingerichtet, und nicht durch langsame Betreibung von Seiten eines

1) Dabelow S. 746 flg. 2) v. Bülow's und Hagemann's Pract. Erört. I, 62.

einzelnen Gläubigers der ganze Concurs aufgehalten wird. Darum fallen das forum contractus, gestae administrationis, delicti commissi ganz hinweg. Die an geistliche, Lehns- und Criminalgerichte verwiesenen Sachen werden nicht bei dem Concursgerichte verhandelt, weil bei diesen Sachen Staats- und politische Rücksichten obwalten und diesen Rücksichten andere weichen müssen [1]). Ist der Anspruch an die Masse schon vor Eröffnung des Concurses irgendwo rechtshängig geworden, so ist die Abberufung bedenklich, denn ein bereits gewähltes Forum ist stärker, als eines, was erst gewählt werden könnte, und ist es überhaupt Regel, daß die Competenz des einmal angegangenen Richters ohne Rücksicht auf eintretende Veränderungen perpetuirt wird [2]), daher läßt sich die von den älteren Juristen ziemlich allgemein behauptete Abberufung an den Concurs [3]) hier eigentlich nur aus dem nicht streng juristischen Grunde rechtfertigen, daß die Störung der Litispendenz mit gar keinen wesentlichen Nachtheilen für den Kläger verbunden ist, für die Zwecke des Concurses aber aus der Abberufung wesentliche Vortheile entstehen. Sollte indessen die Requisition des Concursgerichts um Einsendung der anderswo verhandelten Acten ohne Erfolg bleiben, so muß die Sache hier zu Ende gebracht werden. Auch gehen die schon in der Appellationsinstanz anhängigen Sachen nicht an das Concursgericht zurück, da dieses nur den ersten Spruch in der Sache hat [4]). In allen Fällen, wo der Anspruch bei einem anderen, als dem Concursgerichte, verhandelt wird, tritt aber doch insofern eine Verbindung mit

1) Dabelow S. 742.
2) l. 19. pr D. de jurisd. (2. 1.) l 7. D. de judic. (5. 1.)
3) Salgado de Somoza I, 4. Mevii Dec. V, 155. Ludovici Cap. 1. §. 4. Wernher Obs. X, 297. Leyser Sp. 478. med. 8. A. M. ist Dabelow S. 720 flg.
4) Dabelow S. 741. 742.

dem Concurse ein, daß das in diesem übliche Verfahren auch außer demselben so viel als möglich beobachtet, der Anspruch im Liquidationstermin angemeldet, die Priorität lediglich bei dem Concursgericht ausgeführt [1]), und blos hier die Execution nachgesucht wird [2]). 3) Sollte ein Gläubiger blos aus einem einzelnen Gute, was anderswo liegt, und hinsichtlich dessen zugleich anderswo der Proceß anhängig gemacht ist, Befriedigung suchen, so ist es wohl am mehrsten bedenklich, daß der Concurs durch seine anziehende Kraft eine doppelte störende Einwürkung, auf das Gut sowohl, als auf den Proceß, äußern soll; und würde sich deshalb für die Eröffnung eines Particularconcurses vieles sagen lassen. — Untersuchung und Bestrafung von Vergehen des Cridars in Bezug auf seine Schuldverhältnisse gehören nicht an das Concursgericht, wenn dasselbe nicht zugleich die competente Criminalbehörde bildet.

3. Geschäfte des Gerichts.

§. 94.

Das Concursgericht hat die allgemeine Leitung des ganzen Concurses, wobei es Verhütung einer Abweichung von dem gesetzlichen und zweckmäßigen Wege und möglichste Beschleunigung vor Augen haben muß. Insbesondere hat das Gericht 1) über Eröffnung des Concurses zu entscheiden; 2) die Administration der Masse zu leiten; 3) über die Liquidität und Priorität der Ansprüche zu erkennen; 4) die Vertheilung der Masse unter die Gläubiger zu besorgen. Erkenntnisse des Gerichts sind unabhängig von fremder Mitwürkung; was

1) Salgado de Somoza I, 4. §. 2. 2) Salgado de Somoza l. c.

dagegen die Disposition über die Gütermasse betrifft, so hat das Gericht nur die Beschlüsse der Gläubiger entweder aus eigener Bewegung, oder auf Antrag eines der Gläubiger oder des Güterpflegers zu veranlassen, die Beschlüsse zur Verhütung von Unregelmäßigkeiten zu bestätigen, und die Ausführung zu übernehmen, oder den Güterpfleger dazu anzuweisen; hingegen kann das Gericht von den Gläubigern noch nicht genehmigte Dispositionen über die Masse nur im Nothfalle und nur provisorisch treffen. Verletzt der Richter seine Pflicht, so sind nicht nur die gewöhnlichen Rechtsmittel und Beschwerden zulässig, sondern er unterwirft sich auch den Gläubigern sowohl, als dem Cridar, einer Schadensersatzklage. Für seine Bemühungen hat der Richter das Recht, nach der bei dem Gerichte üblichen Taxe, Sporteln zu begehren, aber billig nicht noch außerdem Procente von der Activ- und wohl gar von der Passivmasse zu fordern. Besteht das Concursgericht aus einem Collegium, so werden die unwichtigeren Geschäfte durch Gerichtsdeputationen oder Commissionen besorgt; auch wird wohl die ganze Leitung des Concurses einer Commission, unter dem Namen der Debitcommission, überwiesen. Die Obergerichte haben die Aufsicht über die Untergerichte, welche wegen des Wohls und Wehe so vieler Interessenten besonders dringend erscheint; und dann das Erkenntniß über Rechtsmittel und Beschwerden.

B. Von den Concursgläubigern.

§. 95.

Die Concursgläubiger concurriren, eben wie der Richter: 1) zu den Verhandlungen über die Eröffnung des Concurses, wobei sie den Kläger machen; 2) zu

der Regulirung der Masse, wobei sie den Richter controlliren und demselben ihre Zustimmung ertheilen; 3) zu den Verhandlungen über die Liquidität und Priorität, wo sie als die streitenden Theile auftreten; 4) zu der Distribution, wo sie die Empfänger sind. Sofern von dem Interesse Aller die Rede ist, berathen sie gemeinschaftlich, zwar auch außergerichtlich, aber doch mittelst Führung eines Conferenzprotocolls, was dem Gerichte übergeben wird, damit dieses demselben gemäß verfahre. Entsteht ein Dissens der Gläubiger, so giebt dieser zu einem eigenen Verfahren Anlaß, zu welchem die Gläubiger unter der Verwarnung, im Ungehorsamsfalle als Consentienten behandelt zu werden, zu laden sind, und welches mit der richterlichen Entscheidung schließt. Die dadurch verursachten Kosten fallen weder dem Cridar, noch der Masse, sondern den Creditoren zur Last [1]), können jedoch auch dem unterliegenden Theil aufgelegt werden. Sind die Gläubiger abwesend und haben keine Procuratoren an Ort und Stelle, oder ist die Zahl der Gläubiger unverhältnißmäßig groß, so wird aus einigen der hauptsächlichsten anwesenden Creditoren ein engerer Ausschuß gebildet. Er beschließt statt des Corps der Gläubiger, aber nur in allen laufenden Angelegenheiten, wenn nicht die Vollmacht noch weiter geht.

C. Von dem Cridar.

§. 96.

Zu den Verhandlungen über die Eröffnung des Concurses ist der Cridar immer zuzuziehen und macht dabei den Beklagten. Zu den nachfolgenden Verhandlungen ist seine Zuziehung nicht nothwendig [2]);

1) Hommel Rh. Obs. 793. 2) Leyser Sp. 478. med. 3.

er hat aber das Recht, einer jeden widerrechtlichen Art der Verwaltung zu widersprechen, da ihm der Ueberschuß gebührt; auch das Recht, sich einem im Concurse profitirten ungerechten Anspruch zu widersetzen, da ihm wegen der Nachmahnung daran liegt, daß die rechten Creditoren zu dem möglichst größten Theile befriedigt werden; wegen dieses Interesse kann er nicht blos ganz selbstständig auftreten, sondern auch hauptsächlich oder accessorisch interveniren; nur in den Prioritätsstreit hat er sich nicht einzumischen. Die Kosten des Auftretens giebt die Masse aber nur dann her, wenn der Cridar von Concurs wegen zur Theilnahme an den Verhandlungen aufgefordert wird [1]).

II. Von den Nebenpersonen.

§. 97.

Als Nebenpersonen kennt der Römische Concurs, seit dem Wegfall des magister bonorum vendendorum (§. 2.), nur den curator bonorum, zur Verwaltung der Masse, zur Beitreibung dessen, was von der Masse in fremden Händen ist, und zur Abwehrung von Vindicanten und Massegläubigern, wodurch er nicht blos zum curator bonorum, sondern auch zum curator litis wird. Mit der Contradiction gegen die Liquidität und Priorität der Concursgläubiger hatte er es nicht zu thun, vielmehr mußte jeder Einzelne seine Ausführung gegen die Gesammtheit aller Uebrigen liefern [2]), wie schon daraus folgt, daß dieser Punkt auf die Feststellung der Concursmasse keinen Einfluß hat, und daß einer aus der Mitte der Gläubiger Curator seyn kann, welcher doch seine Liquidität und

1) Nettelbladt de sumt. proc. conc. §. 9.

2) Falsche Ansichten hat Joh. God. Bauer de jud. conc. cred. univ. (Op. Tom. 1. no. 36. pag. 394.)

Priorität nicht mit sich selbst verhandeln durfte. In Deutschland behielt der curator bonorum nicht nur das nämliche Geschäft, wie bei den Römern, sondern er erlangte auch noch die Contradiction gegen den Liquiditäts- und wohl auch Prioritätspunkt der Gläubiger, und zwar ohne daß man dieses doppelten Geschäfts wegen anfänglich einen doppelten Curator ansetzte, und ohne daß man auch nur in derselben Person mehre Functionen unterschied; und dabei blieb es in mehren Ländern bis in die neueste Zeit. Indessen kam nun in das Amt des Güterpflegers etwas hinein, was eigentlich nicht dazu gehörte; auch konnte leicht der Fall eintreten, daß eine Person zur Güterpflege vollkommen geeignet war, aber nicht zur Contradiction. Daher die Anstellung noch einer anderen öffentlichen Person neben dem curator bonorum, worüber sich schon um die Mitte des 17ten Jahrhunderts gesetzliche Vorschriften finden [1]). Bald heißt dieser Andere curator litis, und hat er dann mit der Einklagung dessen, was zu der Masse gehört, mit der Abwehrung der Vindicanten und Massegläubiger, und mit der Contradiction gegen die Liquidität und allenfalls auch gegen die Priorität der Concursgläubiger zu thun, bald heißt er Contradictor, und kommt ihm dann eigentlich nur das letzte Geschäft zu [2]); doch ist es gewiß oft der Absicht bei der Bestellung und dem Herkommen angemessen, dem Contradictor die ganze cura litis aufzutragen, was um so weniger Bedenken hat, da er ja auch eine öffentlich angestellte Person ist, und sein Geschäft mit zu dem Umfange der Curatel gehört; jedenfalls ist es gar nicht zu bezweifeln, daß der Contradictor

1) Ord. cam. Brand. v. J. 1658. Art. 30.

2) Dabelow S. 577. A. M. ist Stepf v. Contradictor §. 18. 20. 27.

durch eine Bevollmächtigung oder Genehmigung des curator bonorum zu allen Processen legitimirt werden kann. Eben so wenig ist gegen die Ernennung derselben Person zu dem doppelten Amte des Güterpflegers und Contradictors etwas zu erinnern, sobald der Ernannte die zu beiden erforderlichen Eigenschaften besitzt [1]).

A. Vom Güterpfleger [2]).

§. 98.

Das Amt des Güterpflegers, oder wie man ihn bei Administrationsconcursen nennt, des Administrators, ist im Ganzen nach den Grundsätzen der Curatel, zu deren Umfang es mit gehört, zu beurtheilen, also ein öffentliches Geschäft, was aber doch Manches von einem Privatgeschäfte hat, z. B. daß Niemand dazu gezwungen wird, daß die Creditoren eine Stimme haben [3]); daher dies Amt bei Aufzählung der Curatelen auch wohl übergangen wird [4]). Da nöthigenfalls das Gericht, die Gläubiger, oder eine andere dazu bevollmächtigte Person eintreten können, so ist die Anstellung eines Güterpflegers gar nicht nothwendig, und bei kleineren Concursen zur Ersparung der Kosten nicht einmal rathsam [5]); dagegen bei größeren Concursen Ein Curator, und wenn die Güter zerstreuet liegen, auch wohl mehre, angesetzt zu werden pflegen. Vertreter ist der Güterpfleger für die Masse und die Gesammtheit der Gläubiger, nicht für den Cridar, wie sich gleich in mehren Anwendungen zeigen wird, obwohl die entgegengesetzte irrige Ansicht noch häufig ist. Die einzelnen Gläubiger vertritt er aber nicht, und hat er das besondere Interesse eines

1) Dabelow S. 582. Not. w.
2) Dabelow S. 570 flg.
3) Donelli Comm. III, 23.
4) l. 1. §. 4. D. de muner. (50. 4)
5) Leyser Sp. 491. med. 2.

Einzelnen nicht wahrzunehmen, am wenigsten auf Kosten der Masse [1]).

1. Bestellung des Güterpflegers.

§. 99.

Der Güterpfleger muß fähig seyn Curatelen zu bekleiden, so daß schon darum Frauenzimmer ausgeschlossen sind [2]); die nöthigen Sachkenntnisse besitzen, bald landwirthschaftliche, bald kaufmännische; und eine gute Administration hoffen lassen; Rechtskenntniß ist nicht erforderlich [3]). Der Cridar kann nicht Güterpfleger seyn, weil sein eigenes Interesse dem der Masse, alles herbeizuschaffen, zu sehr entgegengesetzt ist [4]), daher auch nahe Angehörige des Cridars, besonders die Kinder, unfähig sind [5]). Einer der Gläubiger paßt am besten zu der Stelle, weil er ohnehin alle Aufforderung hat, für den Vortheil der Masse zu sorgen [6]). Die Unfähigkeit des Cridars, so wie die Fähigkeit des Gläubigers läßt sich nur dadurch erklären, daß der Güterpfleger nicht den Cridar, aber wohl die Gläubiger vertritt. Zwang zur Uebernehmung findet nicht statt [7]), wenigstens nicht ohne besondere Genehmigung des Regenten [8]). Die Bestellung geschieht vom Richter, jedoch so, daß dieser die Mehrheit der Stimmen der Gläubiger, deren Stellvertreter der Güterpfleger ist, berücksichtigen muß [9]). Nach Römischem Rechte scheint es fast, als habe den Gläubigern wi-

1) Hagemann's Pr. Erört. VII, 108.

2) A. M. ist Ludovici Cap. 4. §. 4.

3) A. M. ist Dabelow S. 581. Not. u.

4) Dabelow S. 581. Not. v.

5) A. M. ist Leyser Sp. 491. med. 3.

6) l. 2. §. 4. D. de curatore bonis dando. (42. 7.)

7) de Canngiesser decis. Hasso-Cassel. Tom. 2. dec. 252.

8) l. 2. §. 3. D. de curatore bonis dando. (42. 7.)

9) l. 2. pr. D. eod.

der ihren Willen kein Curator aufgenöthigt werden können, wenn aber einmal einer bestellt worden, die Creditoren sich niemals mehr unmittelbar der Masse haben annehmen können [1]). Von einer Cautionsleistung an die Creditoren war der Curator bei den Römern frei [2]), jetzt sollte er die Caution wie jeder andere Curator leisten, obgleich sie von ihm eben so selten begehrt wird, als von anderen Vormündern; eher wird der Curator beeidigt [3]). Ist alles berichtigt, so wird ihm zum Behuf seiner Legitimation ein Curatorium ausgefertigt [4]), oder statt dessen eine bloße Abschrift des Erwählungsprotocolls mitgetheilt [5]).

2. Amt des Güterpflegers.

§. 100.

Der Geschäftskreis des Römischen Güterpflegers war sehr ausgedehnt; seitdem aber im heutigen Concurse dem Gericht die ganze Leitung zufiel, mußte der Curator natürlich sinken [6]). Der Güterpfleger hat nicht blos die custodia der Güter, wie der curator bonorum, wenn ein venter in die Erbschaft immittirt ist [7]), sondern auch das Dispositionsrecht über die Angelegenheiten der Masse mit den Rechten anderer Curatoren [8]). Er kann auch einen Anderen statt seiner substituiren, welcher im Namen des Curators handelt [9]). Die Abschließung von Vergleichen ist jetzt an die Zustimmung des Gerichts und der Gläubiger gebunden. Processe darf der Curator führen, und wenn

1) l. 9. D. de cur. furios. (27. 10.)

2) Donelli Comm. jur. civ. III, 23.

3) Nach dem Formular bei Claproth §. 353.

4) Nach dem Formular bei Ludovici Cap. 4. §. 5.

5) Claproth §. 353.

6) Dabelow S. 482. 496.

7) l. 48. D. de adm. tut. (26. 7.)

8) l. 2. §. 1. D. de curat. bon. dando. (42. 7.)

9) l. cit.

ihm dabei die cautio de rato und judicatum solvi auferlegt wird [1]), so geht dies noch auf das ältere Recht, nach welchem alle Curatoren diese Caution zu leisten hatten, was später anders wurde [2]). Dabei ist es allerdings merkwürdig, daß das Edict die Anstellung der actio Pauliana gradezu dem Curator beilegt [3]), also einer Klage, welche nicht aus dem Rechte des Cridars, sondern der Creditoren ihren Ursprung hat (§. 33.), was abermals darauf hinweiset, daß der Güterpfleger Stellvertreter der Creditoren und nicht des Cridars ist. Veräußerungen erfordern ein decretum de alienando, wenn es dessen bei anderen Curatoren bedarf; jetzt erfordert man bei jeder Veräußerung Zustimmung des Gerichts und der Gläubiger. Die Leistung von Zahlungen ist dem Curator jetzt nur noch bei laufenden Ausgaben gestattet, nicht aber auf eigene Hand zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger; die Annahme von Zahlungen hat weniger Bedenken, man sollte aber das nach Römischem Rechte bei Auszahlungen an den Curator erforderliche decretum de solvendo nicht, wie gewöhnlich, ganz vergessen [4]). Außer den angeführten Beschränkungen [5]) steht der Curator unter der beständigen Controlle des Richters, welche, besonders in Rücksicht der ihm in Händen zu lassenden Baarschaften, um so strenger seyn muß, je geringer die von ihm geleistete Caution ist [6]). Fügt der Güterpfleger der Masse Schaden zu, so ist er sowohl den Creditoren, als dem Cridar, zum Ersatz verpflichtet; jedoch nach Römischem Rechte, grade wie der missus in posses-

1) l. cit.

2) Meine Röm. Rechtsgesch. §. 564.

3) l. 1. pr. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

4) Mevii Dec. IV, 254. 255.

5) Salgado de Somoza ptc. 3. cap. 6. no. 1—8. v. Bülow's u. Hagemann's Pr. Erört. III, 37.

6) Mevius pte. 2. dec. 170. Ludovici Cap. 4. §. 7.

sionem, nur wegen des dolus und der lata culpa [1]). Auslagen, welche zweckmäßig waren, erhält der Güterpfleger ersetzt [2]). Ein Honorar empfängt er nach Römischem Rechte nicht; in Deutschland ist ein solches allgemein üblich, selbst wenn andere Arten von Vormundschaften unentgeltlich geführt werden. Am zweckmäßigsten bestimmt man dasselbe am Ende des Concurses nach Maaßgabe der geleisteten Dienste, und zwar, da es an einer Taxe für die einzelnen Arbeiten fehlt, in einer runden Summe, und ertheilt bis dahin nur abschlägliche Zahlung; sollte indessen auch ein Aversionalquantum zum voraus bestimmt seyn, so kann dies keinen Grund abgeben, bei verminderter Arbeit dennoch das Ganze auszuzahlen [3]). Die Auslagen sowohl, als das Honorar, werden als eine Ausgabe für den Concurs im Ganzen aus der Masse berichtigt [4]). Sind der Güterpfleger mehre und es ist jedem ein bestimmtes Departement angewiesen, so hat er blos damit zu thun [5]); sind keine Departements gemacht, so kann zwar jeder für sich allein handeln [6]), allein er steht auch für das Ganze [7]), ausgenommen insofern er sich durch das auch hier geltende beneficium excussionis und divisionis davon befreiet [8]).

3. Abgang des Güterpflegers.

§. 101.

Dauert der Concurs nicht mehr fort, oder giebt es für den Güterpfleger nichts mehr zu thun, so wird dessen

1) l. 9. §. 3. 5. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

2) Dabelow S. 651. 652.

3) v. Bülow's und Hagemann's Pr. Erört. 1, 66.

4) Salgado de Somoza pte. 3. cap. 9. no. 11 — 17.

5) l. 2. §. 2. D. de curatore bonis dando. (42. 7.)

6) l. 3. pr. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 7. §. 3. D. de curat. fur. (27. 10.) l. 5. C. de auct. praest. (5. 59.)

7) l. 2. §. 5. l. 3. D. eod.

8) Voet ad Pand. lib. 42. tit. 7. §. 12.

Amt ganz aufgehoben. Dagegen nimmt nur die Amtsführung des zeitigen Güterpflegers ihr Ende, wenn dieser abdankt, oder entsetzt wird, oder verstirbt. Jeder, welcher als Güterpfleger abgeht, empfängt, wenn ihm nichts zur Last fällt, oder wenn er das Fehlende ersetzt hat, aus den Händen des Gerichts eine förmliche Quitung. Wird nur die Amtsführung des zeitigen Güterpflegers aufgehoben, so kommt in dessen Stelle ein Nachfolger, für welchen die Instruction des Vorgängers ohne weiteres verbindend ist [1]. Für die Versehen des Vorgängers haftet der Nachfolger nicht, namentlich nicht für die bei der Uebernahme schon nicht mehr exigibeln Capitalien [2].

B. Vom Contradictor [3].

§. 102.

Da eigentlich die Contradiction gegen die Liquidität und Priorität des einzelnen Gläubigers der Gesammtheit der übrigen zukommt (§. 97.), so wäre der Contradictor in der That einem gemeinschaftlichen Gläubigeranwalt (§. 105.) zu vergleichen. Aber nach der oben (§. 97.) angegebenen historischen Ausbildung des Instituts ist das Amt des Contradictors ein später von dem Amte des Güterpflegers gesonderter Geschäftszweig, es werde dem Contradictor die cura litis überhaupt, oder die specielle cura litis der Contradiction gegen die Liquidität, und allenfalls auch die Priorität, übertragen. Hiernach ist nun auch das Amt des Contradictors nach den Grundsätzen der Curatel, und zwar der cura litis insbesondere, zu beur-

1) Salgado de Somoza III, 6. no. 9 — 18.

2) Salgado de Somoza III, 11. no. 105 — 107.

3) Siehe überhaupt Stepf's Systematische Lehre vom Contradictor. Nürnberg 1791. 2te Ausg. Leipzig 1821. Dabelow S. 577 — 579.

theilen. Zugleich besorgt der Contradictor das Geschäft eines Advocaten, indem er gerichtliche Vorträge für fremdes Interesse hält; daher kommt es neben der Fähigkeit zur Curatel auch auf die zur Advocatur an. Der Contradictor ist nur der Stellvertreter der Gesammtheit der Gläubiger gegen jeden Einzelnen, und es ist unrichtig, wenn man häufig den Gesichtspunkt befolgt, daß er auch die Stelle des Cridars vertrete. Da nöthigenfalls die Gesammtheit der Gläubiger selbst eintreten kann, so ist die Anstellung eines Contradictors nicht nothwendig und bei kleineren Concursen zur Ersparung der Kosten nicht einmal rathsam [1]. Dagegen kommt bei größeren Concursen auch wohl der Unterschied eines General- und Specialcontradictors vor, indem jener nur die allgemeine Contradiction gegen die Liquidität, dieser die gegen einzelne Gläubiger besorgt; oder jener beides beschafft und demselben nur für eine einzelne Sache, worin für ihn eine Verhinderung eintritt, oder welche besonders schnell gefördert werden soll, ein Specialcontradictor zugegeben wird [2]. Im Ganzen gelten vom Contradictor die nämlichen Grundsätze, wie vom Güterpfleger; es soll daher hier nur bemerkt werden, was in Rücksicht seiner Bestellung und seines Amts Eigenthümliches vorkommt.

1. Bestellung des Contradictors.

§. 103.

Der Contradictor muß fähig seyn, Curatelen zu bekleiden und Advocaturgeschäfte zu treiben [3], und in dieser letzten Hinsicht nach abgelegten Proben seiner Rechtskennt-

1) Leyser Sp 478. med. 3. Stepf a. a. O. §. 31.
2) Stepf a. a. O. §. 25.
3) Stepf a. a. O. §. 35. a.

niß concessionirt seyn [1]). Ein Gläubiger kann nicht dazu genommen werden, weil ein solcher gegen sich selbst contradiciren müßte [2]), eben so wenig ein naher Angehöriger eines der Gläubiger, oder wer einem solchen beiräthig gewesen ist [3]); eher der Cridar [4]), obgleich bei diesem doch leicht Parteilichkeit zu fürchten ist, nach der früheren verschiedenen Behandlung, welche er von den einzelnen Gläubigern erfuhr, daher man von der Fähigkeit des Cridars mehr nur in Büchern, als im Leben, hört [5]). Zwang zur Uebernahme findet auch hier nicht statt [6]). So lange der Güterpfleger zugleich Contradictor war, wählten die Gläubiger, seitdem man aber von dem Geschäftskreis des Güterpflegers den des Contradictors sonderte, geschieht die Wahl vom Gericht [7]), ohne daß der Cridar [8]), oder die Gläubiger eine Stimme dabei haben [9]), entweder weil man den Contradictor als Stellvertreter des Cridars und der Gläubiger zugleich betrachtete, oder weil man glaubte, es dürften sich die Gläubiger nicht selbst den Gegner wählen, ohne dabei zu erwägen, daß der Contradictor blos die Gläubiger vertritt, und daß es nicht die Stimme des einzelnen liquidirenden Gläubigers, sondern die aller übrigen ist, welche den Contradictor erwählt. Erinnerungen der Gläubiger gegen die richterliche Wahl sind unbedenklich. Caution leistet der Contradictor nicht; auch begnügt man sich statt der Beeidigung mit der Verpflichtung an Eidesstatt, wenn er schon den Advocateneid geleistet hat [10]).

1) Stepf a. a. O. §. 35. b.
2) Stepf a. a. O. §. 37.
3) Stepf a. a. O. §. 38.
4) Leyser Sp. 491. med. 3. Stepf a. a. O. §. 30.
5) Strube's Rechtl. Bed. V, 24. (Spang. 768.)
6) Stepf a. a. O. §. 51.
7) Stepf a. a. O. §. 44. 45.
8) Stepf a. a. O. §. 39.
9) Stepf a. a. O. §. 42. 43.
10) Stepf a. a. O. §. 52 — 57.

2. Amt des Contradictors.

§. 104.

Ein Dispositionsrecht hat der Contradictor nicht, daher er auch ohne besondere Auctorisation keine Vergleiche schließen kann; er hat vielmehr nur Obliegenheiten, welche darin bestehen, sich über die im Concurse profitirten Ansprüche durch Einsicht der vorhandenen Papiere und Erkundigungen bei dem Cridar und seiner Familie zu unterrichten [1]; keinen Anspruch hingehen zu lassen, ohne sich von der Richtigkeit völlig überzeugt zu haben, aber auch eben so wenig einen gegründeten Anspruch wider besseres Wissen abzuläugnen [2]; widrigenfalls ihn der Richter, er verletze in der einen oder anderen Hinsicht seine Pflicht, zurecht zu weisen berechtigt ist [3]. Instructionen, wie sie der Advocat von seiner Partei empfängt, hat der Contradictor von den Gläubigern nicht anzunehmen. Für seine Arbeit wird der Contradictor, und zwar für jede besonders, nach der Advocatentaxe bezahlt [4]; ihm noch außerdem ein jährliches Salarium zukommen zu lassen, ist ein Mißbrauch [5]. Die Bezahlung des Contradictors gehört wieder zu den Ausgaben für den Concurs im Ganzen, erfolgt mithin aus der Masse [6].

C. Von anderen Nebenpersonen.

§. 105.

Vereinigen sich die Gläubiger zur Uebertragung eines sie angehenden Geschäfts an die nämliche Person, so erhält diese den Namen des gemeinschaftlichen Gläubiger=

1) Stepf a. a. O. §. 103. 107.

2) arg. l. 9. §. 6. D. de administratione tutorum. (26. 7.) Brunnemann cap. 3. §. 1.

3) Stepf a. a. O. Not. 573.

4) Stepf a. a. O. §. 188.

5) Stepf a. a. O. §. 190. 191.

6) Stepf a. a. O. §. 194.

anwaltes. Er kommt besonders alsdann vor, wenn der Güterpfleger und Contradictor fehlen, und nun die Geschäfte dieser Personen den Gläubigern aufliegen und einen gemeinschaftlichen Anwalt erfordern; und wenn die Gläubiger als Gegner des Güterpflegers, Contradictors, und wohl gar des Richters auftreten. Ein solcher Anwalt wird nicht unter öffentlicher Autorität bestellt, ist ganz abhängig von den Gläubigern und empfängt blos von diesen seine Bezahlung; unterscheidet sich also wesentlich von dem Güterpfleger und Contradictor. Die einzelnen Gläubiger bedienen sich auch noch der Procuratoren, welche zur Vermeidung des Aufenthalts, und zur Möglichmachung persönlicher Berathungen, von allen Auswärtigen an Ort und Stelle des Concurses bestellt und mit hinlänglich ausgedehnten Vollmachten versehen werden sollten, wie es auch die Regel anderer Civilprocesse für auswärtige Parteien mit sich bringt. Eben so finden sich auf Seiten der einzelnen Gläubiger auch noch die Advocaten, über welche hier überall nichts Eigenthümliches zu bemerken ist.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Verfahren im Concurse.

Erste Abtheilung.

Von dem Verfahren in Bezug auf die Abwendung des Concurses.

§. 106.

Noch ehe dem Gericht eine Veranlassung zur Eröffnung des Concurses gegeben ist, läßt sich ein Versuch zur Bewürkung einer Stundung oder eines Nachlasses denken, indem der Schuldner, oder wer sich sonst für den-

selben interessirt, und deshalb einige Aufopferungen machen will, besonders auch die Ehefrau, dazu die Einleitung trifft. Worauf geht eine Edictalladung an die Gläubiger (proclama ad indagandum statum bonorum), und zwar an die unbekannten bei Strafe des Ausschlusses von der Masse, welches Präjudiz nothwendig ist, indem sich die Größe des Passivum außerdem gar nicht feststellen läßt, an die bekannten bei Strafe des Consenses in den Beschluß der Mehrheit der erschienenen Gläubiger. Nützlich ist es auch für den Fall des nicht erreichten Vergleichs, eventuell zur Concursprofession bei Strafe der Ausschließung von der Masse vorzuladen [1]), wodurch leicht eine neue Ladung für den künftigen Concurs erspart werden kann (§. 113. No. 15.). Ist es auf den Nachlaßvertrag abgesehen, so muß ein Inventarium der Masse mit beigefügtem Taxatum und ein Prioritätsschema angeben, was jeder Gläubiger erwarten kann [2]). Sind die Gläubiger bei einander, so werden denjenigen, welche das Volle erhalten, einige Procente weniger geboten, weil sie den Aufenthalt und die Concurskosten vermeiden; den beträchtlich Verlierenden einige Procente mehr, als Entschädigung für den Verlust des Nachforderungsrechts; und kein Gläubiger geht ganz leer aus. Am leichtesten zu bewerkstelligen ist der Nachlaßvertrag, wenn der Schuldner die Majorität für sich hat und diese die Minorität bindet, in welchem Falle die unter der letzten begriffenen privilegirten Gläubiger, mit Ausnahme der hypothecarischen, nicht mehr empfangen, als die übrigen Gläubiger (§. 21.). Ist keine Majorität vorhanden, so muß der Schuldner jeden Einzelnen zu gewinnen suchen; sich aber hüten, daß nicht die einem Einzelnen im Gehei-

1) Happel Anl. zum Verf. Concursproc. abzuw. §. 95 flg.

2) Happel a. a. O. §. 80 flg.

men gemachten besseren Offerten aus dem Gesichtspunkt eines Betrugs gegen die übrigen den ganzen Vertrag entkräften (§. 23.). Wichtig ist, ob im Falle der Verbesserung der Umstände Nachzahlung geleistet werden soll. Eine wegen Erfüllung der angebotenen Procente zu leistende Bürgschaft wendet oft allein die Gefahr ab, daß wegen Unvermögens des Schuldners doch am Ende der Concurs eröffnet werden muß, und dann an Zeit viel verloren geht. Noch häufiger erfolgt der Versuch der Güte erst, nachdem dem Richter schon eine Veranlassung zur Eröffnung des Concurses gegeben war, und geht er dann selbst vom Richter aus [1]), welcher nicht leicht in irgend einem Civilprocesse die Güte unversucht läßt. Sogar noch nach eröffnetem Concurse ist ein solcher Versuch zu machen, wenn es früher an Gelegenheit dazu fehlte; er darf aber nie zu lange verschoben werden, weil sonst der Hauptvortheil des Vergleichs, die Ersparung der Unannehmlichkeit des Concurses und die Verminderung der Concurskosten weniger erreicht wird; daher Vergleichsversuche nach lange eröffnetem Concurse nur durch ganz neue Ereignisse und wesentliche Veränderung der Umstände gerechtfertigt werden. Der Richter muß übrigens zu jeder Zeit dahin sehen, daß der Güteversuch nicht blos ein Mittel zum Zeitgewinn für den Schuldner werde; daher eigentlich die gegen den Schuldner anhängigen Schuldprocesse durch die Vorschläge zur Güte nicht sistirt werden, und auf keinen Fall die allgemeinen Sicherungsmaaßregeln während des Verfahrens über die Eröffnung des Concurses (§. 109.) unterbleiben sollten. Vollens darf das Recht solcher Gläubiger, welche nicht durch die Majorität gebunden werden, und sich einer gütlichen Vereinbarung abgeneigt

1) Happel a. a. O. §. 122 flg.

bezeigen, nicht gefährdet werden. Am besten ist in dieser Hinsicht für die Gläubiger gesorgt, wenn nach einigen Proceßordnungen in allen Fällen, wo von Gläubigern auf Concurs angetragen wird, der Güteversuch erst nach eröffnetem Concurse gemacht werden darf. Bei dem Accorde auch schon die Größe der Forderung vergleichsmäßig festzustellen, gewährt den Nutzen, daß darüber späterhin nicht neue Streitigkeiten entstehen.

Zweite Abtheilung.

Von dem Verfahren in Bezug auf die Eröffnung des Concurses.

I. Veranlassung zur Eröffnung des Concurses.

§. 107.

Thätig für die Eröffnung des Concurses kann der Richter werden: 1) wenn der Schuldner verstorben ist, ohne daß sich Jemand zur Erbschaft meldet, oder doch nicht zur Antretung ohne beneficium inventarii, indem schon dann die Erbschaft nicht unbedingt in das Eigenthum des Erben übergeht und immer noch Einmischung und Aufsicht des Gerichts erfordert. Ein gleichstehender Fall ist, wenn der Debitor Schulden halber davon geht, und seine Rückkehr nicht zu erwarten steht [1]), in älteren Zeiten, als noch kein beneficium cessionis bonorum die Freiheit der Person sicherte, der gewöhnliche Fall der Concurseröffnung bei Lebzeiten. 2) Wenn die Gläubiger die Eröffnung verlangen, mehre oder auch nur ein Einzelner (§. 25.); der Antrag kann

1) R. P. O. v. 1577. Tit. 23. §. 3. Eichhorn's Rechtsgesch. IV. §. 576.

auch stillschweigens gemacht werden, wenn die Gläubiger die Befugniß der Alienation bestreiten und dadurch auf die Einziehung der Güter hinzielen; oder gegen den Fortgang der Schuldprocesse Einzelner protestiren, was nur durch den Concurs bewürkt werden kann; oder endlich unter sich über die Priorität zu streiten beginnen, als über welche nur im Wege des Concursprocesses befriedigend bestimmt werden kann; hingegen liegt darin, daß Mehre neben einander ihre Ansprüche zur Execution treiben, noch kein solcher Antrag. 3) Wenn der Schuldner selbst auf die Eröffnung anträgt, aus Redlichkeit gegen die Gläubiger, oder um die Schuldprocesse gegen sich zu sistiren; er muß aber Disposition über sein Vermögen haben [1]). Bloße Kenntniß von der Insolvenz des Schuldners berechtigt den Richter zu keiner Thätigkeit, denn 1) kennt das gemeine Recht keinen Schutz der Privatrechte ohne Anruf des Berechtigten, wobei es um so mehr bleiben muß, als wenigstens manchen Gläubigern die Concurseröffnung oft sehr unangenehm ist; 2) hat der Richter ohne Antrag keine actenmäßige Kenntniß von der Lage des Schuldners und jede andere ist im Rechtssinne für ihn nicht vorhanden; 3) gilt die im Concurse gemehrte Thätigkeit des Gerichts immer erst nach eröffnetem Concurse (§. 70.). Einige machen die Ausnahme, wenn einzelne Gläubiger ihre Ansprüche auf Kosten der übrigen zur Execution treiben [2]); allein ob der Schuldner oder andere Gläubiger den Rechtsnachtheil zufügen, macht keinen Unterschied, und behalten daher die bemerkten Gegengründe auch hier ihr volles Gewicht.

1) A. M. ist Salgado de Somoza I, 1. §. 2.

2) z. B. Gönner §. 8.

II. Untersuchung der Insolvenz.

§. 108.

Muß 1) der Richter das Vermögen unter seine Aufsicht nehmen, weil der Schuldner verstorben oder davon gegangen ist, so verfertigt er ein Inventarium und erläßt eine Edictalladung, und bestimmt nach deren Resultate, ob der Concurs nothwendig sey. 2) Verlangen die Gläubiger die Eröffnung des Concurses, so wird dem Schuldner eine Erklärung aufgegeben, und zwar, wenn die Insolvenz schon wahrscheinlich ist, bei Strafe der sofortigen Erkennung auf Concurs. Widerspricht der Schuldner, so sollten die Gläubiger die Insolvenz als eine Bedingung des Concurses darthun; auch kann die Schwierigkeit eines solchen Beweises die richtigen Grundsätze über die Beweislast eigentlich nicht verändern; indessen legt der Gerichtsgebrauch, sobald die Insolvenz schon wahrscheinlich ist, dem Schuldner auf, einen möglichst beglaubigten status activus und daneben einen status passivus seines Vermögens einzureichen [1]), wiederum bei Strafe des sofortigen Erkenntnisses auf Concurs. Das eingereichte Verzeichniß wird vom Richter mit Zuziehung der bekannten Gläubiger, allenfalls auch von Sachverständigen, in dem meistens zu hoch angesetzten status activus und zu niedrig angesetzten status passivus untersucht [2]); worauf alsdann die richterliche Entscheidung folgt, bei welcher mit großer Vorsicht verfahren werden muß, damit sich der Richter nicht durch Uebereilung gegen den Schuldner und nicht durch zu lange Zögerung gegen die Gläubiger verantwortlich mache. Die durch das Verfahren zwischen den Gläubigern und dem

1) Nach dem Muster bei Claproth §. 295.

2) Gönner §. 28.

Schuldner entstehenden Kosten hat derjenige zu tragen, welcher sie durch seine Proceßhandlung veranlaßt, und fallen selbige noch nicht als Concurskosten der Masse zur Last [1]). 3) Auf Antrag des Schuldners erfolgt die Eröffnung des Concurses ohne Prüfung der Insolvenz, denn der Schaden der Uebereilung trifft einen selbst Einwilligenden.

III. Interimistische Verfügungen.

§. 109.

Da man nicht mit der Execution beginnen kann, so bleibt der Schuldner während der Verhandlungen über die Eröffnung des Concurses noch Besitzer und Verwalter seines Vermögens, auch wird noch für die Erhaltung seines Credits gesorgt und darum von den Verfügungen gegen ihn nichts zur öffentlichen Kunde gebracht [2]); allein nach der Regel: lite pendente nihil innovandum, darf auch nichts geschehen, was dem Verhältniß des künftigen Concurses widerstreitet; alle Veräußerungen müssen unterbleiben und alle Befriedigungen einzelner Gläubiger eingestellt werden, und muß deshalb dem Schuldner gleich bei Mittheilung des Antrags der Gläubiger auf Eröffnung des Concurses das nöthige Verbot ertheilt werden.

IV. Eröffnung des Concurses.

§. 110.

Mußte es zum Concurse kommen, so gingen die Gerichte ehemals ohne ausdrückliches decretum de aperiundo concursu zu den weiteren Verfügungen über, selbst in den älteren Schriftstellern über den Concurs, z. B. bei Salgado de Somoza findet man desselben nicht er-

1) Nettelbladt de sumt. conc. §. 8.

2) Gönner §. 24.

wähnt, später ist dies Decret ziemlich allgemein üblich geworden [1]); welches Verfahren insofern sein Gutes hat, daß von nun an der Concurs gewiß als eröffnet gelten muß, ohne daß aber dadurch ein früherer Anfang des Concurses für ausgeschlossen zu halten ist (§. 26.). Die auf solche Weise erkannte Eröffnung ist durch beeilte Erlassung der Edictalladung möglichst bald zur öffentlichen Kunde zu bringen, damit die Schuldner des Cridars sich nicht mehr durch Zahlung und Compensation liberiren können; auch Niemand durch Geschäfte mit dem Cridar und durch demselben neu ertheilten Credit zu Schaden komme. Zugleich wird bei anscheinenden Vergehen des Cridars das Eröffnungsdecret dem Criminalgericht mitgetheilt, damit dieses Veranlassung zur Untersuchung habe. Appellirt der Cridar gegen die Eröffnung, so ist der Devolutiveffect unbestritten; was dagegen den Suspensiveffect betrifft, so werden die Sicherungsmaaßregeln gegen den Schuldner, z. B. Veräußerungsverbot, Versiegelung, nicht sistirt, weil Gefahr auf dem Verzuge haftet, und einer solchen, der eingewandten Appellation ungeachtet, immer begegnet wird; aber wohl werden alle noch weiter gehenden Maaßregeln, wie z. B. die Edictalladung, der Güterverkauf u. s. w. aufgeschoben, denn wenn gleich Einige den Suspensiveffect ganz versagen, so ist dies gegen die regelmäßige Natur der Appellation, deren Hintenansetzung durch keine Noth mehr geboten ist, sobald nur die conservatorischen Maaßregeln ihren Fortgang haben [2]). Interventionen Dritter gegen die Eröffnung, z. B. der Ehefrau und der Kinder, welche alles Vorhandene als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen, sind zulässig, sie hemmen aber den Fortgang des Concursver-

1) Nach dem Muster bei Claproth §. 295.

2) Gönner §. 25.

fahrens nur durch ihre Liquidität, grade wie in anderen Interventionsfällen [1]. — Häufig ist, daß der Schuldner um das beneficium cessionis bonorum nachsucht, besonders wenn er selbst auf die Eröffnung des Concurses anträgt. Das weitere Verfahren darüber wird vor der Hand noch ausgesetzt, weil sämmtliche Gläubiger zu hören sind; auf keinen Fall darf aber das beneficium schon jetzt anders, als salvis creditorum exceptionibus bewilligt werden. Uebrigens bleibt da, wo das beneficium cessionis überhaupt gilt, die Inhaftirung bis zu endlicher Entscheidung ausgesetzt, zumal da der aus der Verhaftung entstehende Schaden ein unersetzlicher ist.

Dritte Abtheilung.

Von dem Verfahren nach Eröffnung des Concurses.

§. 111.

Sowie der Concurs eröffnet ist, beginnt nunmehr in Rücksicht des Interesse der Gesammtheit der Gläubiger die vormundschaftliche Fürsorge des Gerichts, und das davon abhängende Officialverfahren, was auf keine Anträge der Interessenten wartet; besonders zeigt sich diese officielle Leitung in Behandlung der Activmasse und der dazu gehörigen Administrations- und Rechnungssachen. Für das Verfahren selbst ist ein Hauptabschnitt der Termin zur Anmeldung der Ansprüche im Concurse, gewöhnlich Liquidations-, richtiger Professionstermin genannt, da die Ansprüche nur angemeldet, nicht schon justificirt werden. Mit Rücksicht auf diesen Termin theilt sich der Concursproceß in das Verfahren vor, in und nach dem Liquidationstermin. Ob eine Handlung vor oder nach dem Liquidationstermin, ob sie im Verhältniß zu einer an-

1) Mevii Dec. VI, 337.

deren früher, gleichzeitig oder später vorgenommen werden soll, darüber entscheiden folgende Regeln: 1) der Richter hat seine Thätigkeit nach allen Richtungen zugleich zu erstrecken, also z. B. während er die Masse inventarisirt und zu Gelde macht, auch zugleich schon das Liquidations- und Prioritätsverfahren einzuleiten; 2) jedoch muß die nothwendigere Handlung der weniger nothwendigen vorangeschickt werden, also z. B. die Sicherstellung der Masse den übrigen Concurshandlungen; und 3) dasjenige, was zur Vorbereitung des Nachfolgenden dient, diesem vorangehen, z. B. die Ernennung des Contradictors der Abhaltung des Liquidationstermins, weil der Contradictor schon in diesem zu thun hat. Alles Uebrige hängt von der Beschaffenheit des einzelnen Falles ab [1]).

Erster Titel.

Von den Handlungen vor dem Liquidationstermin.

I. Sofort zu ergreifende Maaßregeln.

§. 112.

Vor dem Liquidationstermin, sogleich nach eröffnetem Concurse, erfolgt: 1) die Arretirung des Schuldners, falls er der Flucht verdächtig, und die Verfolgung durch Steckbriefe, falls er würklich entflohen ist (§. 30.). 2) Das Verbot aller weiteren Vermögensdispositionen an den Schuldner, und zwar bei Vermeidung nachdrücklicher Strafen, welches Verbot zweckmäßig in das Decret auf Eröffnung des Concurses mit aufgenommen wird. 3) Die Sicherstellung der Masse durch Exmission des Schuldners und Vorkehrung einer anderweitigen Aufsicht über die Güter [2]). Die

1) Grolman's Theorie des gerichtl. Verf. §. 250. 251.

2) Claproth §. 301.

Grundstücke werden der Verwaltung des Schuldners entzogen, wenn gleich ein Cridar, von welchem keine Gefährde zu besorgen ist, im Hause bleibt, bis er sich eine andere Wohnung suchen kann, auch wohl bis zum Verkaufe, besonders wenn ohnehin eine Aufsicht nöthig ist. Von den Mobilien läßt sich der Richter durch den Cridar und dessen Hausgenossen eine genaue Anzeige machen, nimmt die vorgefundenen Papiere und Gelder in gerichtliche Verwahrung, und legt die übrigen Sachen, mit Absonderung der aufbehaltbaren und nicht aufbehaltbaren, in wohlbewahrten Behältnissen unter Siegel; wobei zugleich dem Cridar und allen Hausgenossen eine Verletzung der Siegel bei schwerer Ahndung verboten und für den Fall einer zufälligen Verletzung sofortige Anzeige bei dem Gerichte aufgelegt wird. Ist die Versiegelung unthunlich, so erfolgt wenigstens eine Aufzeichnung der Sachen, und wird dem Cridar und den Hausgenossen bei harter Strafe verboten, sich daran zu vergreifen; dies gilt namentlich auch vom Viehe, was bis zum Verkauf zugleich einem Wärter übergeben werden muß. Bittet der Cridar, ihm den Gebrauch einiger Mobilien noch vorerst zu gestatten, was in Rücksicht der unentbehrlichen bewilligt werden darf, so muß eine Schätzung vorgenommen und für den Betrag Caution geleistet werden. Für eine Landwirthschaft des Cridars und eben so für das Handlungsgewerbe, wenn es räthlicher ist, dasselbe noch eine Zeitlang fortzusetzen, als sofort zu schließen, wird ein Administrator bestellt, beeidigt und mit einer Instruction versehen, nach welcher er gewöhnlich keine neue Unternehmungen machen darf, die eingehenden Gelder von Zeit zu Zeit abliefern muß, u. s. w. Ueber den ganzen Vorgang zur Sicherstellung der Masse muß das aufzunehmende Protocoll die nöthige Auskunft

geben [1]). 4) Sistirung der Zahlungen an den Cridar durch Verbot an alle dessen Schuldner, dem Cridar bei Vermeidung wiederholter Zahlung noch weiter etwas zu berichtigen; denn obgleich schon die Wissenschaft des Schuldners vom Concurse ein solches Verbot enthält (§. 61.), so wird doch dasselbe zu mehrer Sicherheit an jeden Einzelnen besonders erlassen. Sind die Schuldner in fremder Jurisdiction, so muß, um ein förmliches gerichtliches Verbot zu haben, die competente Behörde nicht blos um Insinuation, sondern auch um Erlassung des Verbots requirirt werden; dadurch entsteht der Vortheil des leichteren Beweises und der Abschneidung jedes Streits; denn da sonst schon die Wissenschaft des Schuldners von dem Ausbruche des Concurses zur Verhinderung der Zahlung genügt, auch jeder Cessionar zu einem bloßen Privatverbote berechtigt ist, so würde ein unförmliches gerichtliches Verbot noch immer als Privatverbot erhalten werden müssen. 5) Sistirung aller Executionen zum Besten einzelner Gläubiger, sowie aller gegen den Cridar anhängigen Processe, und zwar, wenn anderswo, als bei dem Concursgerichte, geklagt ist, mittelst Requisitionsschreibens [2]).

II. Ladung an die Gläubiger [3]).

§. 113.

Nach Ergreifung der nothwendigen Sicherungsmaaßregeln ergeht, statt des zufälligen Zusammenfindens der Gläubiger nach dem Römischen Rechte, eine Ladung an alle, welche aus irgend einem Grunde Ansprüche gegen die Masse haben. Diese Maaßregel ist gleich wichtig für die mit dem Concurse nicht bekannten Gläubiger, damit sie nicht das

1) Claproth §. 302.
2) Mevii Dec. VIII, 158.
3) Ein Muster bei Claproth §. 336.

Object ihrer Befriedigung aus Unkunde an Andere verlieren, und für die im Concurse auftretenden Gläubiger, damit nicht spätere Anmeldungen ein neues Liquidations- und Prioritätsverfahren herbeiführen, dadurch den Concurs hinhalten und die Kosten vervielfältigen. Die näheren Bestimmungen sind folgende: 1) wegen der nach Eröffnung des Concurses eintretenden Verpflichtung des Gerichts, dafür zu sorgen, daß durch den Concurs Niemandes Recht verletzt werde, kann das Gericht zu der Ladung schreiten, ohne dazu durch irgend eine Aufforderung eines Interessenten veranlaßt zu seyn. 2) Die Ladung erfolgt kraft der Auctorität des Concursgerichtes, welches auch Berechtigte unter fremder Jurisdiction vor sich ladet, wegen seiner Competenz gegen alle, welche vom Cridar Befriedigung suchen [1]. 3) Die Ladung muß eine öffentliche, eine Edictalladung, seyn, und es ist eine unzeitige, das Gericht der Verantwortlichkeit aussetzende, Schonung wegen Erhaltung des guten Namens und der Ehre des Cridars, blos die von diesem eidlich angegebenen Gläubiger mittelst einer Privatladung aufzufordern [2]; wiewohl man in älterer Zeit in mehren Deutschen Ländern eine große Scheu vor der Edictalladung unverkennbar zeigte, besonders in den Ländern des Sächsischen Rechts (§. 5.) [3]. 4) Den Eingang der Ladung macht die Angabe der Person des Schuldners, die Erwähnung des über ihn entstandenen Concurses, und die Andeutung des Zwecks der Ladung. 5) Damit die Masse gegen jede Verringerung gesichert werde, und Dritte

1) J. H. Boehmer J. E. P. II, 2. §. 52.

2) Ludovici Cap. 3. §. 2. Schaumburg princ prax. jur. jud. II, 8. §. 4. not. *). (v. Trütschler) v. d. Präclusion der Gläub. II, 1. §. 16. Gönner §. 29.

3) M. s. z. B. Sachsen-Gothaische Proc. Ordn. von 1670. Th. 1. Cap. 18. §. 4.

mit Sicherheit aus der Masse kaufen können, wird die Ladung an Vindicanten und Gläubiger zugleich gerichtet. Dabei ist es auch besser, die Vindicanten neben den Gläubigern besonders zu nennen, als sich mit der allgemeinen Ladung aller ex quocunque capite Berechtigten zu begnügen (§. 116. No. 2.). Sind Berechtigte vorhanden, welche sich nicht weiter zu melden brauchen (§. 116. No. 4.), so werden sie, um unnöthige Anmeldungen zu verhüten, oft schon in der Ladung mit namentlicher Aufzählung ausgenommen. 6) Da es nothwendig ist, die Gläubiger zu gemeinschaftlicher Berathung zu versammeln, so ist eine Tagefahrt von Tag und Stunde anzuberaumen. In einigen Ländern wird wegen einer möglichen Verhinderung des Gläubigers an dem bestimmten Tage, und um vor jeder weiteren Procedur erst eine feste Uebersicht der Masse der Creditoren zu gewinnen, ein terminus intra quem anberaumt; doch ist dann die Versammlung zu gemeinschaftlicher Berathung immer noch hinterher zu veranstalten. 7) Die Tagefahrt wird gleich peremtorisch anberaumt, d. h. ohne Wiederholung für die Ausgebliebenen, weil sonst die Gläubiger nicht alle auf einmal bei einander sind; dafür wird aber der Termin weiter hinausgesetzt, damit hinlängliche Zeit zur Vorbereitung sey, gewöhnlich um die dreifache Zeit, welche sonst bei dem Concursgericht für Ladungen üblich ist [1]); wenn nicht die Rücksicht auf den größeren oder geringeren Umfang des Verkehrs des Schuldners eine Erweiterung oder Verengung rechtfertigt [2]). Auch ein terminus intra quem wird für Ausbleibende nicht wiederholt. 8) Die Strafe des Nichterscheinens, Ausschließung von der gegenwärtigen Masse (§. 117.), muß bestimmt an-

1) Brunnemann II. §. Schaumburg l. c. not. ***). 3. Ludovici Cap. 3. §. 9. 2) Ludovici Cap. 3. §. 10.

gedrohet werden. 9) Nützlich ist es, in der Ladung daran zu erinnern, a) daß jeder Gläubiger die in seinen Händen befindlichen Urkunden vorzulegen habe (§. 115.); b) daß man sich auf Vergleichsvorschläge zur Abwendung des Concurses gefaßt machen möge; c) daß sich die Gläubiger wegen Erwählung eines engeren Ausschusses (§. 95.), und Bestellung eines Güterpflegers (§. 99.) zu vereinigen haben, und d) daß auswärtige Gläubiger Bevollmächtigte an Ort und Stelle mit hinlänglich ausgedehnten Vollmachten ernennen müssen (§. 105.). 10) Ist es möglich, den wahrscheinlichen Activstand der Masse, wenn auch nur annähernd, anzugeben, und es erfolgt eine solche Angabe, so können die Gläubiger, welche doch leer ausgehen würden, sich vergebliche Professionskosten ersparen. 11) Ist es bei dem Gerichte üblich, alle, welche vom Schuldner etwas besitzen, oder demselben schuldig sind, öffentlich zur Zurücklieferung und Zahlung aufzufordern, so geschieht dies gewöhnlich schon in der Edictalladung (§. 121.). 12) Die Publication der Ladung erfolgt nach der Analogie reichsgesetzlicher Vorschriften [1]) an dem Gerichtsbrette an zwei oder drei Orten, besonders an solchen, wo die mehrsten Gläubiger zu erwarten sind; wobei der ehemals befolgte Grundsatz, daß diese Orte in verschiedener Herren Landen belegen seyn sollten, nur auf dem Gerichtsgebrauch beruhte [2]). Jetzt sind die seitdem aufgekommenen Zeitungsblätter die beste Art der Bekanntmachung, und leisten der gesetzlichen Vorschrift, auf deren buchstäbliche Beobachtung nicht viel mehr ankommt, noch besser genüge. Neben der Landeszeitung pflegt zugleich eine auswärtige gewählt zu werden, sobald auswärtige Gläubiger zu erwarten sind. Auch wird die Einrückung

1) Landfrieden v. 1548. Tit. 14. §. 1.

2) Brunnemann II, 10. Ludovici Cap. 3. §. 11.

gewöhnlich drei Male wiederholt. Zur Ersparung der Druckkosten ist die Edictalladung möglichst kurz zu fassen und das zweite und dritte Mal blos auszugsweise einzurücken, weil der Auszug genügt, um auf den vollständigen Abdruck aufmerksam zu machen. Zum Beweise der Bekanntmachung werden die cum documento publicationis versehenen Anschlagszettel, und die das Inserat enthaltenden Zeitungsblätter zu den Acten genommen [1]. 13) Neben der Edictalladung bedarf es auch noch der Privatladung aller bekannten Berechtigten, wie es die allgemeinen Grundsätze des Civilprocesses mit sich bringen [2], deren nothwendige Befolgung durch die ganz unjuristische Betrachtung, daß aus dem Gegentheil zu viele Weitläuftigkeit entstehen würde, sowie durch die ganz verkehrte Ansicht, als handle das Gericht nicht zu Privat-, sondern zu Officialzwecken, nicht widerlegt wird. Die Rechtslehrer erklären sich auch fast sämmtlich dafür [3]; und erst in neueren Zeiten halten nicht mehr alle Gerichte mit gleicher Strenge auf die Privatladung [4]. Zu den bekannten Berechtigten gehören diejenigen, welche früher Anträge bei dem Concursgerichte machten, oder vom Schuldner angegeben sind, oder vom Concursgerichte bestätigte oder ingrossirte Hypotheken haben. Die Privatladung braucht aber nur eine beglaubte Abschrift der Edictalladung zu seyn; auch braucht für mehre an demselben Orte wohnende Gläubiger nur Ein Exemplar ausgefertigt und durch Umlauf mitgetheilt zu werden. Den

1) Ludovici Cap. 3. §. 14.

2) cap. 10. X. de dolo et cont. (2. 14.) Clem. 1. de judiciis. (2 1.) Clem. un. de foro comp. (2. 2.)

3) Salgado de Somoza I, 1. no. 31 seq. Brunnemann II, 3 Ludovici Cap. 3. §. 3 flg. Wernher Obs. (Tom. 3.) I, 58. Schaumburg l. c. not. *****). Walch cont. jur. Sect. 4. c. 3. membr. 1. §. 10. (v. Trützschler) v. d. Präcl. d. Gläub. II, 1. §. 18. A. M. ist Gönner §. 30.

4) (v. Trützschler) von d. Präcl. d. Gläub. a. a. O.

Berechtigten in fremder Jurisdiction geht die Ladung durch Requisition der competenten Behörde zu. 14) Die Kosten der Ladung fallen nicht den Geladenen zur Last, sondern gehen aus der Masse, weil diese als der Extrahent anzusehen ist, und als solcher die Kosten trägt [1]. 15) Wurde in der Ladung an die Gläubiger zum Zweck des Versuchs der Güte die eventuelle Concursprofession bei Strafe der Ausschließung von der Masse aufgelegt (§. 106.), so ist eine neue Ladung überflüssig; nur muß man sicher seyn, daß nicht in der Zwischenzeit neue Gläubiger hinzugekommen sind. — Ist keine Ladung erlassen, oder die erlassene fehlerhaft, so kann nicht nur kein Contumacialverfahren eingeleitet werden [2], sondern es können auch die nicht gehörig geladenen Berechtigten die von den übrigen getroffenen Verfügungen anfechten [3], und selbst gegen den Richter ihren Regreß nehmen [4]. Ueber die Impugnation nach bereits erfolgter Distribution ist zu vergleichen §. 145.

III. Bestellung des Güterpflegers und Contradictors.

§. 114.

Die definitive Bestellung des Güterpflegers bleibt bis zum Liquidationstermin ausgesetzt, weil sich die Creditoren über die Wahl zu vereinigen haben; wenigstens würde eine frühere Bestellung erfordern, daß sich der Bewerber durch ein umher gesandtes Circular, welches er bei dem Gerichte einreicht, die Mehrheit der Stimmen verschafft hätte; sollte indessen der Umfang der Masse es nöthig machen, so kann der Richter bis zur endlichen Bestellung einen

1) A. M. ist Dabelow S. 660.

2) (v. Trütschler) von d. Präcl. d. Gläub. II. §. 12.

3) Salgado de Somoza III, 19. no. 8. 24. 25.

4) (v. Trütschler) von d. Präcl. d. Gläub. II, 3. §. 4.

interimistischen Güterpfleger setzen. Die Bestellung des Contradictors, welche blos vom Richter abhängt, kann schon erfolgen, und muß es, weil der Contradictor bereits im Liquidationstermin zu thun hat.

Zweiter Titel.

Von den Handlungen im Liquidationstermin.

I. Anmeldung der Gläubiger.

§. 115.

Auf das Verfahren vor dem Liquidationstermin folgen nunmehr die Handlungen in dem Liquidationstermine. Die erste ist die Anmeldung aller, welche durch die Ladung aufgefordert sind, zu dem jetzt anzulegenden Liquidations- oder Professionsprotocolle. Die Eintragung geschieht ohne Rücksicht auf Priorität, nach der Ordnung, wie die Berechtigten erscheinen, unter fortlaufenden Nummern. Von einem schriftlichen Professum wird im Protocolle nur ganz kurz die Uebergabe bemerkt, mit Beziehung auf die Nummer, unter welcher das Exhibitum dem Protocolle beigelegt ist. Ein mündliches Professum wird seinem wesentlichen Inhalt nach in das Protocoll eingetragen. Beide Arten der Profession enthalten den Gegenstand der Forderung. Die Angabe des Grundes ist bei anderen Professionen nicht grade nothwendig, aber wohl im Concurse, in welchem es auf eine Verhandlung über die Angabe abgesehen ist. Hat der Gläubiger Urkunden in Händen, so bringt die summarische Natur des Concursprocesses deren sofortige Ueberreichung, auch ohne besondere Aufforderung in der Edictalladung, mit sich; solche übergebene Urkunden machen Beilagen des Professum aus, und sind dem Protocolle ebenfalls anzulegen. Melden sich Mehre zu der nämlichen Forde-

rung, so werden sie einstweilen unter der nämlichen Nummer aufgeführt, wegen ihres Vorrechts unter einander aber zur besonderen Verhandlung verwiesen [1]), nach deren Erledigung in einem eigenen abgesonderten Erkenntnisse derjenige, welchem die Erhebung der Summe zuerkannt ist, im Prioritätsurtheile sowohl, als im Distributionsbescheide, allein aufgeführt wird. Die Professionskosten eines jeden einzelnen Anspruchs fallen den Profitenten zur Last, als Aufwand zum Besten der Einzelnen [2]); eher trägt die Masse die besondere Gebühr für den Termin selbst, weil dieser im Interesse der Gesammtheit anberaumt wird.

II. Präclusion der nicht erschienenen Gläubiger [3]).

A. Umfang der Präclusion.

1. In Rücksicht der Subjecte.

§. 116.

Für den Fall versäumter Anmeldungen folgt nunmehr die Präclusion der nicht erschienenen Berechtigten. Wird die Präclusion in Folge der Nichtanmeldung im Professionstermin verhängt, so nennen die Rechtslehrer dieselbe die eigentliche; erfolgt sie im Laufe der Liquidationsverhandlungen wegen mutatio libelli, wegen Ungehorsams, die uneigentliche; indessen ist letzte oft nur eine Anwendung der ersten in einer bestimmten Beziehung (§. 130. No. 4. 5.). Die eigentliche Präclusion trifft hypothecarische und chirographarische, Wechsel- und Buchgläubiger; wobei auch die Profession der einen Forderung nicht gegen die Präclusion der anderen, die Profession des Capitals nicht

1) Stryk ad Brunnemann II, 9. Ludovici Cap. 1. §. 9.

2) Dabelow S. 659 flg.

3) Man s. überhaupt (v. Trützschler) von d. Präclusion der Gläubiger. Leipzig 1781.

gegen Präclusion der Zinsen schützt [1]). Mit Unwissenheit der Ladung kann sich Niemand entschuldigen, denn die Ladung ist einmal gehörig geschehen und eines Mehren bedarf es zur Präclusion nicht; daher eine Nachholung nur aus dem Gesichtspunkte der Restitution möglich ist. Frei von der Präclusion, den Fall einer ausdrücklichen Aufforderung zur Angabe abgerechnet, sind: 1) alle diejenigen, welche weder die Sache selbst, noch ein Geldquantum aus der Masse fordern, und mehr nur Uebergang auf den künftigen Besitzer der Sache, als eine Leistung aus der Masse in Anspruch nehmen, wie die Inhaber von Realservituten; auch die von Reallasten, insofern nicht der Berechtigte die Abführung dieser Lasten im Concurse begehrt [2]); 2) die Vindicanten, welche unter der Ladung der bloßen Creditoren nicht begriffen sind [3]), wiewohl man sich die Vindicanten insoweit als Theilnehmer des Concurses zu denken gewohnt ist, daß man sie unter der Ladung aller ex quocunque capite Berechtigten mitzubegreifen pflegt, vorausgesetzt, daß dieser Ausdruck nicht ein Anhängsel anderer speciell aufgeführten Berechtigten ist und dadurch eine beschränktere Bedeutung erhält [4]); 3) die Massegläubiger, indem diese unter dem Ausdruck Gläubiger nicht begriffen werden, da Ladungen streng erklärt werden müssen, auch die ratio juris der Gleichstellung der Massegläubiger, als der Creditoren der Gläubiger, mit diesen selbst zuwider ist; sogar die Ladung aller ex quocunque capite Berechtigten

1) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 1. §. 28.

2) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 1. §. 33—35.

3) Hommel Rhaps. Obs. 666. Gmelin's Ordnung der Gläubiger im Gantproceß. Cap. 1. §. 17. Dabelow S. 521. A. M. ist (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 1. §. 30. Abth. 2. §. 8. Gönner §. 9.

4) Mein Röm. Privatr. I. §. 13. a. No. 7.

pflegt nicht auf Massegläubiger bezogen zu werden, weil das Bedürfniß es nicht fordert, von Massegläubigern noch erst eine Profession zu verlangen, und weil eine solche ganz ungewöhnlich ist; 4) die dem Gericht bekannten Gläubiger, weil keine Verbindlichkeit zur doppelten Anzeige gilt, nur muß, neben der Forderung [1]), auch die Absicht der Theilnahme am Concurse gewiß seyn, z. B. durch den gemachten Antrag auf Eröffnung des Concurses [2]). Daß die Hypothekenbuchsgläubiger sich nicht zu melden brauchen, ist den mehrsten Landesgesetzen angemessen; doch bleiben hier die rückständigen Zinsen Gegenstand der Präclusion [3]). Wer sich durch Compensation gegen eine Forderung der Masse bezahlt machen kann, braucht sich nicht zu melden; wer das Retentionsrecht an einer Sache des Schuldners hat, kann so lange warten, bis ihm die Sache abgefordert wird [4]); und wer erst durch Rescission eines bestehenden Verhältnisses von Seiten der Creditoren zum Concursgläubiger wird, so lange, bis die Rescission erfolgt [5]); dagegen müssen die blos noch nicht fälligen Forderungen schon jetzt profitirt werden [6]). Nach den Regeln der auch durch negotiorum gestores zulässigen defensio unterbleibt die Präclusion, wenn nur einer von mehren Interessenten die Anmeldung gemacht, oder ein Anderer des Ausgebliebenen Stelle vertreten hat [7]); am unbedenklichsten ist bei cedirten For-

1) Dabelow S. 531.

2) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 7.

3) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 1. §. 27. Abth. 2. §. 9.

4) Mevii Dec. VII, 250. Leyser Sp. 486. med. 2. (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 1. §. 30. Abth. 2. §. 14.

5) A. M. ist (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 25. Dabelow S. 532. 533.

6) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 1. §. 13.

7) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 1. §. 29.

derungen die Anmeldung von Seiten des Cedenten, da dieser streng genommen der Inhaber der Obligation bleibt. Auch ein Fehler in der Profession hat nur die Auflage einer besseren und Erstattung der Kosten [1]), keine Präclusion zur Folge [2]); namentlich gilt dies von einer ganz generellen Profession etwas zu fordern zu haben, ohne die causa näher anzugeben [3]). Ist dem Profitenten den Fehler in einem neuen Termin zu verbessern aufgegeben, so ist die Präclusion unbedenklich.

2. In Rücksicht des Gegenstandes.

§. 117.

Die Präclusion kann nur in einer Ausschließung von der gegenwärtigen Masse, nicht in dem Verluste des ganzen Rechts, oder, was das nämliche ist, nicht in der Strafe des ewigen Stillschweigens bestehen [4]), denn diese Härte ist unnöthig zur Sicherstellung des grade anhängigen Concursverfahrens, und eine unnöthige Härte ist stets verwerflich; wie dies jetzt auch allgemein anerkannt wird, so daß, wenn auch aus einer Gedankenlosigkeit des Gerichts der Nachtheil noch weiter ausgedehnt ist, die Vollziehung doch immer unterbleibt. Der Präcludirte behält daher die oben (§. 53.) näher bestimmte Rechtsverfolgung außer dem Concurse; jedoch mit der Einschränkung, daß er gegen die ihm verhafteten Pfänder, correi debendi und Bürgen wegen der durch seine Schuld entstehenden Unmöglichkeit der Cession der Klage seine Ansprüche aller-

1) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 30.

2) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 28.

3) arg. l. 3. C. de ann. exc. (7. 40.)

4) Pufendorf Obs. I, 176. (v. Trütschler) von d. Präclusion d. Gläub. Absch. 1. Abth. 2. §. 34–38. Dabelow S. 533. 534. A. M. ist Leyser Spec. 490. med. 1.

dings verliert [1]); den Fall abgerechnet, wenn von Seiten des Beklagten auf die Cession Verzicht geleistet war, oder wenn der Gläubiger zeigen kann, daß die Anmeldung im Concurse doch zu keiner Befriedigung geführt haben würde [2]).

B. Act der Präclusion.

§. 118.

Zu der Präclusion gehört außer dem Ablauf des Termins auch noch eine Contumacialanklage und ein Präclusivdecret nach den allgemeinen Proceßregeln bei allen richterlichen Ladungen, welche mit einem wesentlichen Nachtheil verknüpft sind. Die älteren Juristen sind darüber einig [3]); die Neuern halten sich mehr an den Ablauf des Termins, weil nach der Natur der Sache nicht mehr erforderlich sey, und weil durch Zulassung einer Nachholung nach dem Termin leicht Verwirrung entstehe [4]); indessen sind diese Gründe mehr legislatorischer, als streng juristischer Art. Auch die ausdrückliche Androhung, daß die Präclusion ipso jure erfolgen solle, widerstreitet wohl der Natur einer richterlichen Ladung. Der Contradictor hat daher noch in diesem Termin auf die Präclusion aller nicht erschienenen Gläubiger anzutragen, und der Richter den Präclusivbescheid sogleich abzugeben und zu publiciren. Sollte dies unterbleiben, so läßt sich höchstens nur in der voraufgegangenen Ladung, verbunden mit der Uebergehung eines Anspruchs im Prioritätsurtheil, ein stillschweigendes Präclusivdecret finden [5]).

1) l. 95. §. 11. D. de solutionibus. (46. 3.) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 17. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 109.

2) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 18.

3) Mevii Dec. I, 134. Brunnemann III, 11. Ludovici Cap. 14. §. 3.

4) Ayrer de poena praeclusionis in concursibus creditorum. Goetting. 1743. sect. 2. Dabelow S. 542—545. Gönner §. 31. No. 3.

5) Mevii Dec. I, 134. Ludovici Cap. 14. §. 3. (v. Trütschler) von d. Präclusion d. Gläub. Absch. 2. Abth. 2. §. 2.

C. Impugnation der Präclusion.

§. 119.

Die Präclusion kann nicht nur aus dem Grunde wesentlicher Mängel der Ladung (§. 113 a. E.), sondern, wie jeder andere Nachtheil, auch mittelst der Restitution angefochten werden [1]). Diese ist für Vindicanten und Creditoren, vor und nach dem Prioritätsurtheil, zulässig [2]), und wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Nichterscheinen ausdrücklich mit Verlust der Restitution bedroht wurde [3]); setzt aber voraus: 1) daß ein hinlänglicher Grund zur Restitution vorhanden ist, wozu aber nicht blos Minderjährigkeit und Abwesenheit, sondern auch die clausula generalis gehört, aus welcher unter anderen Restitution ertheilt wird: a) wenn der Präcludirte von der Ladung keine Wissenschaft hatte [4]), und dies allenfalls nur mit seinem Eide erhärtet [5]); b) wenn er erst während des Concurses auf eine unerwartete Weise Gläubiger wurde, indem er z. B. als Bürge des Cridars zahlen mußte [6]), oder eine vom Cridar erhandelte Sache durch Eviction verlor [7]); c) wenn er erst später die Documente seiner Forderung auffand [8]); d) wenn er sich irrig durch Compensation bezahlt machen zu können glaubte [9]); e) wenn die Anmeldung durch Schuld des Anwaltes unterblieb [10]). Ueberhaupt

1) Siehe überh. (v. Trütschler) v. d. Präclusion d. Gläub. Absch. 2. Abth. 3. §. 11—31. Dabelow S. 546—558.

2) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 3. §. 24.

3) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 1. §. 24. Happel von d. Verfahren Concusprocesse abzuwenden. §. 100.

4) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 33.

5) arg. c. 4. X. de except. (2. 25.) J. R. A. §. 78.

6) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 16.

7) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 2. §. 23. 24.

8) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 3. §. 14.

9) Dorn de compensatione in concursu creditorum. §. 66.

10) v. Quistorp's Rechtl. Bem. B. 1. No. 103.

muß die Restitution um so leichter ertheilt werden, mit je geringeren Schwierigkeiten nach den Umständen des einzelnen Falls die Sache in den Stand zur Zeit des Liquidationstermins zurückgesetzt werden kann [1]). Hiernächst muß 2) vom Augenblick der Wissenschaft innerhalb der ursprünglichen Frist der Edictalladung, nicht wie man oft sagt, innerhalb 4 Jahren Restitution gesucht werden, denn eine Versäumung kann unmöglich einen längern als den ursprünglichen Termin bewürken, wie auch durch eine fast immer übersehene Bestimmung der Reichsgesetze klar entschieden ist [2]). Endlich muß 3) eine Erstattung aller verursachten Kosten erfolgen [3]). Die Restitution ist bei dem Concursgerichte zu suchen und die Zulässigkeit gegen den Contradictor auszuführen [4]). Wird die Restitution ertheilt, so kommt der Impetrant gleich den übrigen zur Perception, muß sich aber alles gefallen lassen, was von Seiten des Gerichts oder der Gläubiger in der Concurssache früher geschehen ist [5]). Ueber die Impugnation nach erfolgter Distribution ist zu vergleichen §. 145.

III. Andere Handlungen.

§. 120.

Noch pflegt in dem Liquidationstermin, wenn dies nicht schon früher geschehen ist, die gütliche Sistirung des Concurses versucht zu werden. Ist dies nicht möglich, so wird über die vom Schuldner nachgesuchte Wohlthat

1) (v. Trütschler) Absch. 2. Abth. 3. §. 13.
2) Deput. Absch. von 1600. §. 86.
3) Leyser Sp. 490. med. 3.
4) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 2. Abth. 3. §. 8.
5) arg. l. 5. D. de curatore bonis dando. (42. 7.)

der Güterabtretung zwischen den Gläubigern und dem Schuldner verfahren. Was hier der Schuldner erstreitet, müssen sich auch die Gläubiger, welche die Ameldung unterliessen, gefallen lassen, da der Schuldner das Recht hat, allen zu cediren, mithin wenn einer von den Gläubigern ausbleibt, dieser es auf seine Gefahr thut. Hat die Entscheidung über die Wohlthat für den Schuldner nur wegen der künftigen Nachmahnung Interesse, so bleibt das Verfahren oft ganz ausgesetzt, bis der Schuldner wieder zu Kräften kommt. Es muß dann aber der Schuldner, welcher die Vortheile der Cession in Anspruch nimmt, wegen der bereits eingetretenen Beendigung des Concurses, mit jedem Gläubiger besonders verhandeln. Ist ein engerer Ausschuß der Gläubiger nothwendig, so wird dessen Wahl von Seiten des Gerichts veranlaßt. Auch wird nun der Güterpfleger erwählt und verpflichtet, wenn dies nicht schon früher geschehen ist. Die künftige Behandlung der Masse giebt ebenfalls zu Erklärungen der Gläubiger und des Gerichts häufige Veranlassung. Besteht der Liquidationstermin aus einem terminus intra quem, so muß nach dessen Ablauf eine neue Versammlung der Gläubiger oder ihrer Bevollmächtigten zur Erledigung der eben bemerkten Gegenstände berufen werden. Hiermit endigt der Liquidationstermin, indem sich der Contradictor die Beantwortung der profitirten Ansprüche zu den Specialacten vorbehält; nur bei ganz geringen Concursen könnte schon jetzt das Liquidationsverfahren beginnen.

Dritter Titel.

Von den Handlungen nach dem Liquidationstermine.

Erstes Capitel.

Von den Handlungen in Bezug auf die Masse.

I. Aufforderung zur Einlieferung an die Masse.

§. 121.

Für das Verfahren nach dem Liquidationstermin lassen sich am zweckmäßigsten die Handlungen in Bezug auf die Masse und auf die Ansprüche im Concurse unterscheiden. In Hinsicht der Angelegenheiten der Masse hat das Gericht, und unter diesem der Güterpfleger die Leitung; wenn aber kein solcher bestellt ist, blos das Gericht; sind indessen Processe für die Masse zu führen, so wird dazu in Ermangelung eines Güterpflegers eine besonders bevollmächtigte Person angesetzt. Einige Concursgerichte pflegen noch vor der Inventur alle diejenigen, welche von dem Cridar etwas besitzen, oder demselben schuldig sind, zur Anzeige bei dem Gerichte aufzufordern, wohl selbst schon in der Edictalladung; die Nichtbefolgung kann aber keine andere Folge haben, als die, daß der Besitzer und Schuldner nicht dem Cridar ausliefern dürfen, und daß der Aufgeforderte in mala fides und mora versetzt wird, denn die Aufforderung von Seiten des Concurses kann für einen Dritten, welcher nicht Theilnehmer des Concurses ist, nicht würksamer seyn, als eine Anmahnung von Seiten des Cridars selbst. Daher ist es Ueberschreitung der richterlichen Befugniß, auf den Verheimlichungsfall irgend eine Strafe, namentlich die des Doppelten oder des Verlustes der Retention, anzudrohen; vollens wenn der Dritte unter einer anderen Jurisdiction steht.

II. Verfertigung des Inventariums [1]).

§. 122.

Eine wichtige Maaßregel in Bezug auf die Masse ist die Errichtung eines Inventariums, indem man ohne dieses keine Uebersicht der Masse und der zu veräußernden Gegenstände, auch kein Mittel der Controlle des Güterpflegers hat. Das Inventarium wird vom Gericht aufgenommen, nicht vom Güterpfleger, zu dessen Controlle es dienen soll; doch wird dieser der größeren Beweiskraft wegen zugezogen; und darum auch dessen Bestellung abgewartet. Das Vermögen wird unter passenden Rubriken aufgeführt, z. B. Immobilien, Mobilien, ausstehende Forderungen [2]), und alles später Hinzukommende gehörigen Orts nachgetragen. Das Original des Inventariums bleibt im Gerichte, der Güterpfleger aber empfängt eine Abschrift.

III. Berichtigung der Concursmasse.

§. 123.

Hiernächst ist zur Berichtigung der Concursmasse zu schreiten, zu welchem Zwecke alles ausgeschieden wird, was nicht zur Masse gehört, und herbeigeschafft wird, was einen Theil derselben ausmacht. Die Herbeischaffung erfolgt: 1) aus den Händen des Cridars, falls dieser etwas untergeschlagen haben sollte; ein Mittel, dies herauszubringen, ist der Manifestationseid (§. 57.), auf welchen Gläubiger und Güterpfleger antragen können, auch das Gericht von Amtswegen erkennen darf, als eine Sicherheitsmaaßregel zum Besten der Gesammtheit der Gläubiger. 2) Aus den Händen Dritter, falls diese

1) Claproth §. 310 flg.

2) Man s. das Muster bei Claproth von freiw. Gerichtshandl. §. 129.

Sachen des Cridars besitzen, oder demselben etwas schuldig sind, oder etwas von ihm erworben haben, was der Revocation unterworfen ist. Will der Dritte seiner Verbindlichkeit kein Genüge leisten, und es wird nicht ein Vergleich, oder die Ueberlassung des streitigen Anspruchs an einen der Gläubiger, oder auch die gänzliche Aufgebung [1]), für zweckmäßiger befunden, so hat der Güterpfleger oder auch der curator litis, oder der Contradictor (§. 97.), den Proceß zu eröffnen, und wenn er vom Cridar schon angefangen war, nach geschehener Readsumtion fortzusetzen [2]). Die Klage wird, als gar nicht zum Concursproceß gehörig, in dem Gerichtsstande des Beklagten erhoben [3]), und in der dem streitigen Anspruch eigenthümlichen Proceßart erörtert, so daß auch der Mandats- und Executivproceß statt finden können, in welchen dann illiquide Einreden zur besonderen Ausführung verwiesen werden. Auf eine Befreiung von der cautio pro expensis und de restituendo hat der Güterpfleger keinen Anspruch, denn die allgemeinen Grundsätze sind dawider (§. 55. 100.), und daraus, daß Gläubiger bei Gelegenheit der Liquidation im Concurse ihrerseits eine solche Befreung haben (§. 134.), kann man nicht weiter schließen, weil diese Befreiung auf eigenthümliche Gründe gebauet und jedenfalls singulair ist.

IV. Verkauf der Güter.

§. 124.

Alle nicht in baarem Gelde bestehenden Güter des Cridars werden durch Verkauf zu Gelde gemacht; das Nähere ist hier fogendes: 1) Mobilien werden für jeden Preis verkauft, ausgenommen wenn sie einen einmal be-

1) Claproth §. 25.
2) Mevius pte. 4. dec. 145.
3) Leyser Sp. 491. med. 7.

stimmten Preis haben, wie z. B. Gold und Silber, welchenfalls man wartet, bis dieser bestimmte Preis zu erlangen steht. Auch bei Immobilien muß sich der Schuldner den Zuschlag zu jedem Preise gefallen lassen; eigentlich auch der spätere Gläubiger [1]), doch wartet man wohl auf sein Verlangen einige Zeit auf bessere Preise, besonders wenn er die vorstehenden durch eine Caution gegen noch geringere Preise sicher stellt. 2) Sachen, welche nicht aufzubewahren stehen, wie z. B. Victualien, oder welche doch Kosten der Unterhaltung erfordern, ohne etwas einzubringen, wie z. B. Luxuspferde, werden gleich nach eröffnetem Concurse verkauft; andere, wegen der Möglichkeit einer gütlichen Sistirung des Concurses und weil mit den Gläubigern die Art des Verkaufs zu besprechen ist, gewöhnlich erst nach dem Liquidationstermin. Daß schon liquidirt und das Prioritätsurtheil abgegeben ist, wird nicht erfordert [2]). 3) Wählt man, wie gewöhnlich, den Verkauf im Wege einer öffentlichen Licitation (§. 57.), so werden die beweglichen Sachen in einem durch Ausruf bekannt gemachten Termin ohne viele Weitläuftigkeit verkauft [3]); nur daß man solche Sachen, welche an einem anderen Orte besser verkauft werden, nach diesem sendet. In Rücksicht der Immobilien bedarf es zuvörderst einer genauen Beschreibung des Grundstücks mit seinen activen und passiven Gerechtigkeiten, welche der Güterpfleger verfertigt, einer Taxation (§. 57.), welche durch beeidigte Taxatoren erfolgt, und einer Aufstellung der Kaufbedingungen, welche der Güterpfleger entwirft, aber dem Gerichte und den Creditoren zur Approbation vorlegt. Die Bedingun-

1) l. 3. C. si antiq. cred. pign. vend. (8. 20.) Mein Röm. Privatr. II. §. 366.

2) Mevius ptc. 2. dec. 169.

3) Klaproth §. 324.

gen betreffen hauptsächlich die Geldsorte, den Zahlungstermin, die zu stellende Sicherheit, die Art des Zuschlags, nämlich unbedingt oder mit Vorbehalt der Genehmigung, den Ablieferungstermin. Hiernächst wird ein Proclam erlassen, worin angezeigt wird, wo die Gutsbeschreibung, die Kaufbedingungen und die Taxation einzusehen sind, und worin ein Licitationstermin anberaumt wird, zu welchem auch alle diejenigen, welche dingliche, Vorkaufs- oder Retractsrechte zu haben vermeinen, vorgeladen werden [1]). Ist das Erforderliche voraufgegangen, so wird der Licitationstermin abgehalten, ein genaues Protocoll über die gebotenen Summen aufgenommen [2]) und nach erfolgtem Zuschlag, welcher aber gewöhnlich nicht schon im ersten Termin ertheilt wird (§. 57.), und entrichtetem Kaufgelde, der Adjudicationsbrief ausgefertigt [3]). Ist der Fall, daß Gerechtigkeiten an der Sache haften, welche nicht alle Concursgläubiger anzuerkennen brauchen, z. B. nicht ältere Hypothecarien, so wird zwar zuerst ein Verkauf der Sache cum onere versucht, wenn indessen nicht genug geboten wird, um die an die Gerechtigkeit nicht gebundenen Gläubiger zu befriedigen, erfolgt die Aussetzung der Sache sine onere. Sind diejenigen, welche dingliche Ansprüche an der Sache haben, in der Edictalladung, oder in dem Proclam, zur Angabe aufgefordert und darauf wegen Nichterscheinens präcludirt, so ist der Käufer gedeckt; nur das Rechtsmittel der Restitution findet auch gegen ihn statt [4]).

1) Claproth vom ordentl. Proc. §. 410.

2) Claproth a. a. O. §. 417.

3) Claproth a. a. O. §. 421.

4) Claproth von freiwilligen Gerichtshandlungen. §. 121. Dabelow S. 555.

V. Sorge für die Erhaltung und Vermehrung der Masse.

§. 125.

Ein Hauptbestreben muß seyn, die Masse gegen Verlust zu sichern und selbst noch zu vermehren. Fruchttragende Sachen sind daher für Rechnung der Masse zu nutzen, oder an Andere zu verpachten. Vorräthige Gelder dürfen nicht in deposito judiciali bleiben; denn die Analogie anderer gerichtlichen Depositen, z. B. wegen verweigerter Annahme des Geldes von Seiten des Gläubigers, ist hier, wo eine Curatel zum Zweck der Verwaltung, nicht eine bloße Aufbewahrungsmaaßregel angeordnet wird, nicht anwendbar, was oft übersehen wird [1]); kann oder will daher keiner der Gläubiger schon jetzt sein Recht auf Befriedigung geltend machen (§. 85.), und auch der Concurs findet es seinerseits nicht gerathen, schon jetzt zur Auszahlung zu schreiten (§. 85.), so muß das Geld gegen genügende Sicherheit verzinslich ausgethan werden; widrigenfalls der Güterpfleger, und selbst das Gericht, den Gläubigern zur Erstattung der landesüblichen Zinsen verpflichtet sind [2]).

VI. Rechnungsablage.

§. 126.

Ueber die Verwaltung der Masse muß von Seiten des Güterpflegers, und, wenn der Richter selbst verwaltet, auch von diesem, Rechnung an die Gläubiger abgelegt werden [3]). Gewöhnlich erfolgt die Ablage erst am Ende des Concurses; indessen ist die jährliche, nach dem natürlichen Abschnitt jeder Verwaltung und nach Analogie der

1) Gönner §. 34. B. 1. No. 67.
2) v. Bülow's und Hagemann's Practische Erörterungen.
3) Claproth §. 323.

Vormundschaften viel zweckmäßiger, weil dadurch Fehler in der Rechnung gleich im Entstehen verbessert werden, und die Sicherheit der Creditoren gegen Vergeudung der Masse vergrößert wird. Die Grundlage der Rechnung macht das Inventarium, dessen Vermehrung sich aus der Rubrik der Einnahme ergiebt, welche zweckmäßig die stehenden und außerordentlichen Einnahmen sondert, und dessen Verminderung sich aus der Rubrik der Ausgabe mit gleicher Absonderung der stehenden und außerordentlichen Ausgaben, und mit Beifügung der hinlänglichen Belege ergeben muß [1]). Die gezogene Bilance bestimmt genau, was in den Händen des Güterpflegers ist und von ihm herausgegeben werden muß. Machen die Gläubiger gegen die vorgelegte Rechnung Erinnerungen, so verfahren sie mit dem Güterpfleger nach den Grundsätzen des Rechnungsprocesses, welcher sich nach übergebenen Monita, verhandelter Antwort, Replik und Duplik, und geführten Beweisen, mit der richterlichen Entscheidung endigt. Fällt dem Güterpfleger nichts zur Last, oder hat er das Fehlende ersetzt, so wird er förmlich quitirt.

Zweites Capitel.

Von den Handlungen in Bezug auf die Ansprüche im Concurse.

I. Von den Vindicanten.

§. 127.

Neben der Berichtigung der Masse ist nun auch weiter der Passivstand des Cridars zu reguliren. Da die Vindicanten mit den Creditoren selbst zu thun haben,

1) Ein Muster zur Einrichtung der Rechnung findet sich bei Claproth von freiwilligen Gerichtshandlungen. §. 152.

und keine Theilnehmer des Concurses sind, so gelten über die Ausführung ihrer Ansprüche dieselben Grundsätze, wie in Rücksicht eines Anspruchs außer dem Concurse. Zwar liquidiren sie, wie die Concursgläubiger, gegen den Güterpfleger, oder auch den curator litis, oder den Contradictor (§. 97.), weil dadurch die Rechtsverfolgung keine andere wird, als sie gegen den Cridar gewesen seyn würde; allein 1) sind sie nicht an das Concursgericht gebunden [1]), wogegen auch nicht der Einwand gilt, daß die Edictalladung die Vindicanten mit umfasse, denn eine Provocation bindet bekanntlich nicht grade an das nämliche Forum, von welchem die Provocation ausgeht; 2) können sie auch solche Proceßarten einschlagen, welche den Concursgläubigern versagt sind; 3) wählt jeder Vindicant die seinem Anspruch angemessene Proceßart; 4) erfolgt die Entscheidung auch schon vor dem Prioritätsurtheile, sobald nur die Sache instruirt ist. Ersatz der Proceßkosten gebührt den Vindicanten, wie außer dem Concurse; verlangt man indessen zum Kostenersatz die mala fides des Unterliegenden, so ist bei dem Contradictor, welcher ganz unintereſſirt ist, und als öffentliche Person unter öffentlicher Aufsicht handelt, die Schuld, welche zum Ersatz hinführt, gewiß seltener, als bei jedem anderen Gegner.

II. Von den Massegläubigern.

§. 128.

Auch die Massegläubiger sind keine Theilnehmer des Concurses; wenn sie daher auch gegen den Massevertreter (§. 97.) die Richtigkeit ihrer Ansprüche ausführen, so finden doch die besonderen Formen der Liquidation von

1) A. M. ist Salgado de Somoza I, 11. no. 100 seq.

Seiten der Concursgläubiger dabei eben so wenig Anwendung, als bei den Vindicanten. Auch von den ihrerseits aufgewandten Proceßkosten gilt das Nämliche, wie bei den Vindicanten.

III. Von den Concursgläubigern.

§. 129.

Bei den Concursgläubigern, als den eigentlichen Theilnehmern des Concurses, kommt es immer auf zwei Punkte, auf die Richtigkeit und auf den Platz der Forderung an; über beide findet ein eigenes Verfahren, das Liquidations- und Prioritätsverfahren statt, wovon bei Vindicanten und Massegläubigern blos das erste eintritt. Beide Verfahren werden sofort nach dem Liquidationstermin, gleichzeitig mit den Verhandlungen in Bezug auf die Berichtigung der Masse, und unter sich gleichzeitig, eingeleitet. Kommt es darauf an, das Liquidations- und Prioritätsverfahren im Ganzen und zum Besten der Gesammtheit zu fördern, so handelt das Gericht von Amtswegen; in Rücksicht des Interesse einzelner Gläubiger bleibt es bei den gewöhnlichen Regeln des Civilprocesses, daher der Richter 1) für den unbetriebsamen Gläubiger gar nichts thut, um ihn den Nachtheilen des Ungehorsams zu überheben; 2) blos auf die vorgelegten Thatsachen und Beweise nach Anleitung der Verhandlungsmaxime erkennt; 3) nicht mehr zuspricht, als gebeten ist. Am zweckmäßigsten dürfte es seyn, zuerst die Grundsätze des Liquidations- und Prioritätsverfahrens, welche an keine bestimmte Stelle des Processes gebunden sind, zusammenzustellen, hiernächst aber den Gang des Verfahrens darzulegen.

A. Rechtsgrundsätze des Liquidations- und Prioritätsverfahrens.

1. Des Liquidationsverfahrens.

a. Im Allgemeinen.

§. 130.

Vorauszuschickende Bemerkungen über das Liquidationsverfahren sind folgende: A) liquidirt wird von Seiten jedes einzelnen Gläubigers, als des Klägers, gegen den Contradictor, als den Beklagten (§. 97.). Ist kein Contradictor ernannt, so liquidirt jeder Einzelne gegen die Gesammtheit der übrigen Gläubiger, besonders gegen diejenigen, welchen er vor, oder gleichgesetzt seyn will, denn noch höher stehende sind eigentlich nicht interessirt. Das Verhältniß der mehren contradicirenden Gläubiger ist dann nach den allgemeinen Grundsätzen der Streitgenossenschaft zu bestimmen. Der Richter kann die Stelle des Contradictors, anders als die des Güterpflegers, nicht vertreten, weil er nicht Richter und Partei zugleich seyn kann. Auch bei anderen Gerichten, wenn bei diesen des Concurses ungeachtet die Sache ausgemacht wird, gebührt die Contradiction dem Contradictor, oder den interessirten Gläubigern. B) Jede Forderung des Gläubigers wird zu einer definitiven Entscheidung gebracht, weil die provisorische den Concurs nur hinhält, und das Verhältniß des Liquidanten zu den übrigen nicht zum Abschluß bringt; daher ist der Mandats-, Wechsel- und Executivproceß, welcher den abgewiesenen Kläger noch einmal im ordentlichen Processe zu klagen erlaubt, ganz unzulässig [1]);

1) Salgado de Somoza I, 16. no. 17 seq. Stryk ad Brunnemann III, 4. Ludovici Cap. 6. §. 12. Cap. 7. §. 3. Pufendorf Obs. IV, 33. A. M. ist Wernher Obs. I, 308. 322. Joh. God. Bauer de jud. conc. cred. univ. (Op. Tom. 1. no. 36. P. 392.)

daher kann ein Vertheidigungsmittel niemals wegen Illiquidität ausgeschlossen und zur besonderen Ausführung verwiesen werden [1]). C) Alle Liquidationen sind an die nämliche Proceßart gebunden, damit alle in gleichem Schritte bleiben, und nicht einzelne den ganzen Concurs aufhalten. Dieser Proceß ist der Liquidationsproceß, welcher summarisch ist und leichter behandelt wird, sich aber nicht, wie andere Theile des Concursprocesses, durch eigenthümliche Proceßacte auszeichnet. D) Verbesserungen und Erläuterungen der früher gemachten Profession sind im Liquidationsverfahren nicht ausgeschlossen. Veränderungen aber sind unstatthaft, und haben nicht blos, wie in anderen Processen, Entbindung der Masse von der Instanz und Nothwendigkeit einer neuen Klage, sondern Präclusion von der Masse zur Folge. Ist eine Edictalladung erlassen und ein Präclusivdecret ergangen, so folgt dies schon daraus, daß in jeder Veränderung die Substitution eines neuen Professum liegt, dieses letzte aber wegen Nichtanmeldung und Präclusion bereits verloren ist. Fehlt es an der Edictalladung oder an dem Präclusivdecrete, so läßt sich für die Unstatthaftigkeit der Veränderung und für die Verhängung der Präclusion von der Masse nur noch geltend machen, daß das Gegentheil den Zweck der schnellen Regulirung des Concurses vereiteln und einen ungewissen, provisorischen, Zustand herbeiführen würde. Im ersten Falle ist diese uneigentliche Präclusion (§. 116. im Anf.) nur eine Folge der eigentlichen, und nur dadurch ausgezeichnet, daß sie erst bei einer späteren Veranlassung geltend gemacht wird; im zweiten ist sie auch in der Grundlage von der eigentlichen verschieden. E) Wird ein Unge-

1) Pufendorf l.c. Hach's Pract. Beitr. IV. S. 103.
A. M. ist Wernher l. c. Dabelow S. 584. Not. z.

horsam begangen, und zwar 1) vom Liquidanten, indem er z. B. die Sache liegen läßt, die Legitimation nicht beschafft, so kommt es nicht blos, wie in anderen Processen, zur Entbindung der Masse von der Instanz, mit Befugniß des Liquidanten wieder zu klagen, sondern ebenfalls zur Präclusion von der Masse [1]). Ist eine Edictalladung erlassen und ein Präclusivdecret ergangen, so folgt dieser Nachtheil schon daraus, daß wegen Ablauf des Professionstermins die in jeder neuen Klage liegende neue Profession nicht mehr angenommen wird; sonst muß man sich auf den eben bemerkten Zweck des Concurses gründen; im ersten Falle ist, ganz wie es eben bemerkt worden, die uneigentliche Präclusion nur eine Folge der eigentlichen; im zweiten ist sie auch in der Grundlage von dieser verschieden. Die Präclusion von der Masse ist aber nur das Minimum des Nachtheils; bringen andere Arten des Processes einen noch härteren mit sich, z. B. bei Verweigerungen des Eides poena confessi, so tritt derselbe auch hier ein [2]). Ist übrigens die Ladung an den Liquidanten keine arctatorische, sondern blos monitorische, auf welche man häufig zur Ersparung der Kosten nicht erscheint, z. B. Vorladung zur Beeidigung der Zeugen, so erfolgt blos Ausschluß von der Handlung. 2) Ist der Contradictor ungehorsam, so nimmt man nach Analogie dessen, was von den Vormündern der Pupillen und Minorennen geordnet ist [3]), bei welchen freilich die eigenthümliche Rücksicht eintritt, daß der Pflegling gegen jeden Nachtheil doch sofort Restitution erlangen müßte, gewöhnlich an [4]), daß

1) Claproth §. 382.

2) (v. Trütschler) v. d. Präcl. d. Gläub. Absch. 3. §. 3 flg. Dabelow S. 645 flg.

3) Dep. Absch. v. 1600. §. 95.

4) Schaumburg princ. prax. jud. II, 8. §. 13. not. *****).

die Creditoren durch den Contradictor nicht schuldlos leiden dürften, daß also kein Nachtheil in der Sache selbst, sondern Geldstrafen aus eigenen Mitteln und zuletzt Absetzung zu verfügen seyen. Bei blos monitorischen Ladungen gelten auch hinsichtlich des Contradictors die gewöhnlichen Regeln des Nichthandelns. F) Die Liquidationskosten auf Seiten des Gläubigers werden, auch wenn er obsiegt, nach den einmal angenommenen Grundsätzen dennoch von ihm getragen (§. 91.) [1]; eine Ausnahme machen solche Kosten, welche durch bösen Willen des Contradictors, oder durch dessen Ungehorsam veranlaßt sind [2]), welche dann aber nicht aus der Masse, sondern aus den eigenen Mitteln des Contradictors zu vergüten sind; auch bleibt es bei den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen, wenn die Contradiction von den übrigen Gläubigern beschafft wird. Siegt der Liquidant nicht ob, so befreiete man denselben ehemals ebenfalls von Erstattung der Kosten [3]), den Fall des bösen Willens und des Ungehorsams abgerechnet; es fehlt aber in der That an hinreichenden Gründen nach anderen Proceßregeln zu verfahren, als welche man sonst für die richtigen hält; denn daraus, daß der eine obsiegende Liquidant keine Kosten ersetzt erlangt, folgt nach dem Princip von der Rechtsgleichheit noch nicht, daß ein ganz anderer unterliegender sie nicht zu ersetzen brauche; daher der Liquidant auch wohl eine cautio pro expensis leisten sollte, so wenig man auch davon hört. G) Gläubiger, welche dem Liquidanten noch mehr entgegensetzen wollen, haben das Recht der accessorischen Intervention [4]). Was aber der Contradictor vor der Intervention

1) Dabelow S. 655 flg.
2) Wernher Obs. VI, 350.
3) Dabelow a. a. O.
4) Ludovici Cap. 5. §. 6. Cap. 7. §. 5. Gottschalk Disc. for. II, 16.

in der Sache that, müssen sie sich gefallen lassen; auch die Kosten der Intervention müssen sie natürlich selbst hergeben.

b. Rücksichtlich des Beweises.

α. Der Angabe des Cridars.

§. 131.

Der Beweis wird von Seiten des Gläubigers über die Existenz der Forderung, von Seiten des Contradictors über die Einrede geführt. Die Beweismittel sind die gewöhnlichen. Was die Angabe des Cridars zu Gunsten eines der Gläubiger betrifft [1]), so läßt sie sich aus dem doppelten Gesichtspunkt eines zu seinem, und folgeweise auch der Creditoren, Nachtheil ausgestellten Geständnisses, und eines von ihm, als von einem Dritten, abgegebenen Zeugnisses betrachten. A) Als Geständniß angesehen ist die vor Ausbruch des Concurses ausgestellte Erklärung vollkommen würksam, ohne durch den nachfolgenden Concurs etwas von ihrer Kraft zu verlieren; auch kann man das Geständniß zu Gunsten naher Angehörigen eben so wenig für ungültig halten, als jede andere Disposition zu ihren Gunsten, was auch selbst von einem Geständniß zum Besten der Ehefrau gelten muß [2]). Eine Unterart des Geständnisses sind die Handschriften, gegen welche der Contradictor in den ersten beiden Jahren die querela und exceptio non numeratae pecuniae genießt, und zwar ohne Unterschied, ob der Schuldner sich derselben bedienet hat, oder nicht [3]); aber auch nicht länger [4]),

1) Harpprecht de liquid. in conc. credit. per confess. debit. Tub. 1753.

2) Strube's R. B. II, 23. (Spang. 778.) A. M. bei Zurückforderung der Dotalgüter und Paraphernen sind Mevius Dec. IX, 195. Ludovici Cap. 6. §. 4 flg. §. 10.

3) l. 15. C. de non num. pec. (4. 30.)

4) Pufendorf Obs. IV, 82.

denn bei der hin und wieder geäußerten Meinung, daß die Handschrift nie gegen andere Gläubiger beweise, ist nicht bedacht, daß wenn der Schuldner überhaupt zum Nachtheil anderer Gläubiger handeln darf, er auch Beweise zu ihrem Nachtheil ausstellen kann. Gleiche Grundsätze gelten in Rücksicht der exceptio non numeratae dotis, denn es ist gar kein Grund, den Creditoren mehr Rechte zu geben, als dem Schuldner, aus dessen Person die Creditoren ihre Befugniß ableiten 1), nur daß, so lange die Ehe dauert, die Einrede nicht für den Schuldner, folglich auch nicht für den Contradictor verloren geht. Sollte der Schuldner die Geständnisse in fraudem creditorum gemacht haben, so gilt auch hier die Paulianische Klage; ja es genügt schon der bloße Beweis der Unrichtigkeit, weil auch der Schuldner selbst durch diesen die Kraft des Geständnisses zu beseitigen vermöchte; und mit Eröffnung des Concurses sind alle späteren Geständnisse ohne Werth 2). B) Als Zeugen darf der Gläubiger den Schuldner für sich abhören lassen, zumal da die Eideszuschiebung an den Schuldner nicht statt findet, und der Gläubiger, welcher den Concurs nicht ahndete und sich mit keinen Beweisen versahe, nicht ganz hülflos bleiben darf. Die Rücksicht, daß der Schuldner nach Ausbruch des Concurses nicht zum Nachtheil der Gläubiger handeln darf, steht der Kraft des Zeugnisses eben so wenig entgegen, als wenn irgend ein Dritter, welcher auch nicht zum Nachtheil der Gläubiger handeln darf, als Zeuge auftritt; aber wohl Verdacht der Moralität, wenn dem Schuldner bei dem Concurse etwas zur Last fällt. Zur Vorsicht räth auch noch die häufige Erfahrung, daß Schuldner mit einzelnen Gläubigern gemeinschaftliche Sache machen und den Gewinn

1) Zum Theil A. M. ist Glück Pand. XXV. §. 1239. S. 257. 2) Harpprecht l. c. §. 8.

theilen [1]). Ohne Eid beweiset das Zeugniß nicht; auch entsteht durch das Zeugniß nur halber Beweis; indessen pflegen es die Rechtsgelehrten in beider Hinsicht nicht so genau zu nehmen [2]), namentlich nicht: 1) wenn sich sämmtliche Creditoren auf die Aussage des Cridars stützen [3]); 2) wenn die Forderung so gering ist, daß man dabei für keine schriftlichen Beweise zu sorgen pflegt [4]); 3) wenn die Forderung andere Wahrscheinlichkeitsgründe für sich hat [5]); 4) wenn der Cridar die Aechtheit einer vor dem Concurse ausgestellten Handschrift bezeugt [6]). Angehörige des Schuldners, besonders dessen Ehefrau, können sich, selbst unter Voraussetzung einer der angeführten Fälle, schon nach den allgemeinen Regeln des Zeugenbeweises der Aussage des Schuldners nicht bedienen [7]); auch ist dem Gläubiger, welcher sonst nichts für sich hat, noch die eidliche Bestärkung seiner Forderung aufzulegen [8]). Gegen den Gläubiger, auf Antrag des Contradictors, kann der Cridar als interessirt bei der Sache nicht abgehört werden.

β. Anderer Beweise.

§. 132.

Von den übrigen Beweismitteln können A) Urkunden von einem einzelnen Gläubiger zum Zweck der Bewerkstelligung seines Beweises dem Contradictor nicht abgefordert werden, denn das Recht auf die Papiere des Cridars (§. 57.) ist nur ein gemeinschaftliches Recht aller Gläubiger im Interesse der Gesammtheit, um dadurch die

1) Harpprecht l. c.
2) Harpprecht l. c. §. 10. Dabelow S. 583. Not. y. Gönner §. 32.
3) Harpprecht l. c. §. 11.
4) Harpprecht l. c. §. 13.
5) Harpprecht l. c. §. 14.
6) Harpprecht l. c. §. 19.
7) Wernher Obs. I, 341. Harpprecht l. c. §. 12.
8) Harpprecht l. c. §. 15.

Activmasse festzustellen, nicht ein Recht, was ein Einzelner zum Nachtheil der übrigen Gläubiger geltend machen kann. B) Hinsichtlich der Zeugen gilt nichts Eigenthümliches. C) Was den Gebrauch des Eides im Liquidationsverfahren anlangt, so kann 1) eine Eideszuschiebung vorkommen: a) von Seiten des Gläubigers an den Contradictor über die Forderung; der Contradictor muß sich darauf einlassen, weil im heutigen Processe auch eine Zuschiebung über fremde Facta gilt, und es die besondere Pflicht des Contradictors ist, sich von allen Verhältnissen des Cridars zu unterrichten [1]; er schwört aber blos de credulitate, oder wie Andere wollen, blos de ignorantia [2]. Befreiet man den Contradictor gänzlich, so wird den interessirten Gläubigern deferirt, welche Einen aus ihrer Mitte zur Ableistung benennen. Dem Cridar kann nicht deferirt werden, weil er nicht Theilnehmer des Processes ist [3]; eher könnte der Contradictor denselben zur Theilnahme veranlassen und statt seiner substituiren [4]. Die Zurückschiebung des Eides an den Gläubiger ist unbedenklich. b) Von Seiten des Contradictors an den Gläubiger über die Einrede [5], wenn keine andere Beweise übrig bleiben, denn sonst darf der Contradictor zu diesem unsicheren Beweismittel eben so wenig, als der Vormund, greifen. Des Eides vor Gefährde pflegt man den Contradictor zu überheben, weil er als öffentliche Person unter öffentlicher Aufsicht handelt. Zurückschiebung des Eides an den Contradictor gilt auch hier. 2) Auch der

1) Wernher Obs. X, 446. Schaumburg princ. prax. jur. judic. II, 8. 12. ***). Leyser Sp. 491. med. 10.

2) Pufendorf Obs. II, 152. Claproth §. 372.

3) Hommel Rhaps. 538.

4) Danz Summ. Proc. §. 185. Not. g.

5) Ludovici Cap. 7. §. 4. A. M. ist Brunnemann III, 13.

richterliche Eid wird bei nicht ganz gelungenem, aber auch nicht ganz mißlungenem, Beweise dem Gläubiger und dem Contradictor [1]), als suppletorium und als purgatorium zuerkannt, und zwar über kleine genau specificirte Rechnungen ohne allen weiteren Beweis als suppletorium des Gläubigers [2]).

2. Des Prioritätsverfahrens.

§. 133.

Das Prioritätsverfahren kommt nur vor, wenn ein Gläubiger einen höheren Platz, als den der 5ten Classe verlangt, indem die Stelle in dieser schon aus der bloßen Liquidität folgt. A) Die streitenden Theile sind von der einen Seite der Gläubiger, welcher den höheren Platz in Anspruch nimmt, von der anderen Seite diejenigen, welchen der angeblich bevorzugte Gläubiger vor- oder gleichgesetzt seyn will, denn die noch höher stehenden sind bei dem Streite nicht interessirt. Dabei kann dann der doppelte Fall vorkommen, daß jener als Kläger aufrücken will, oder daß diese als Kläger sein Hinunterrücken verlangen. Die Opposition gegen den behaupteten Vorzug haben nach Römischem Rechte die interessirten Gläubiger; nach der älteren Deutschen Praxis fiel sie auch wohl dem Güterpfleger, und, seitdem ein Contradictor aufkam, diesem zu (§. 97.); die neuere Praxis ist wieder zum Römischen Rechte zurückgekehrt, weil die Priorität dem Cridar, der Masse und der Gesammtheit der Gläubiger gleichgültig ist, und blos die Einzelnen angeht, welche sich einerseits einen Fremden nicht als Vertheidiger ihres Privatinteresse auf-

1) Leyser Sp. 491. med. Schaumburg princ. prax. jur. judic. II, 8. §. 12. **).

2) Brunnemann V, 14. Claproth §. 373.

bringen zu lassen schuldig sind, andererseits aber auch nicht verlangen können, daß ein Anderer auf Kosten der Masse ihre privative Angelegenheit ausmache, und daß zu diesem Zwecke das der Masse ohnehin schon so theure Concurspersonal noch vergrößert werde, so daß man es jetzt als die gemeinrechtliche Lehre betrachten darf, daß der Contradictor nicht über die Priorität streite [1]), ausgenommen etwa, so lange das Prioritätsurtheil noch nicht abgegeben ist und deshalb unter den Gläubigern die eigentlichen Gegner noch nicht mit Sicherheit bestimmt werden können (§. 135.). Die Anstellung eines eigenen Prioritätscontradictors [2]) könnte jedenfalls nur auf Kosten der interessirten Gläubiger erfolgen. Mehre Gläubiger, welche in dem Prioritätsstreite ein gemeinschaftliches Interesse haben, werden Litisconsorten, bestellen einen gemeinschaftlichen Procurator, und handeln in gemeinschaftlichen Schriften. B) Das Prioritätsverfahren selbst ist summarisch, aber nur in gleichem Sinne, wie das Liquidationsverfahren, es ist also nur durch leichtere Behandlung ausgezeichnet, ohne ganz eigenthümliche Proceßacte zu haben. C) Die Beweise sind die gewöhnlichen, und können auch in einem Geständniß und in einem Zeugniß des Cridars bestehen, nach gleichen Regeln, wie in Rücksicht der Liquidität (§. 131.). Auch Eideszuschiebung ist zulässig [3]). D) Die Kosten des Verfahrens fallen blos den streitenden Theilen zur Last [4]), selbst wenn alle Gläubiger in den Prioritätsstreit verwickelt wären [5]), weil weder der Cridar, noch die Masse das geringste In-

1) Wernher Obs. IX, 15. Schaumburg princ. prax. jur. judic. II, 8. §14. not. ***). Leyser Spec. 41. med. 6. Pufendorf Obs. , 177.

2) Nach dem Vorschlage von Claproth §. 355.

3) Ludovici Cap. 8. §. 6.

4) Mevii Dec. VII, 322.

5) A. M. ist Dabelow S. 657 flg.

teresse bei dem Ausgange, ja nicht einmal das Recht der Einmischung haben; unter den streitenden Theilen sind übrigens die Kosten Gegenstand der Verurtheilung und der Compensation, wie in anderen Processen.

B. Proceßgang im Liquidations- und Prioritätsverfahren.

1. Verhandlungen vor dem Prioritätsurtheile.

a. Im Liquidationsverfahren.

§. 134.

Mit einstweiliger Aussetzung der Liquidation solcher Gläubiger, welche keine Hoffnung haben, befriedigt zu werden, wozu oft alle Gläubiger der 5ten Classe gehören, wenn die Masse schon früher bricht, wird die der übrigen begonnen, sobald es die Zeit erlaubt. Der Anfang der Liquidation ist für alle Gläubiger gleichzeitig, auch wird die Fortsetzung bei allen, so viel als möglich, in gleichem Schritte erhalten, daher der Richter aus Rücksicht auf das Interesse der Gesammtheit der Gläubiger, abweichend von den sonstigen Proceßregeln, gegen zurückbleibende die Ungehorsamsbeschuldigung nicht erst zu erwarten braucht, keinem Einzelnen unnöthige Dilationen bewilligt [1]), und wenn dennoch Einzelne zurückbleiben, sie durch gehäufte und abgekürzte Termine zu außerordentlicher Thätigkeit zwingt [2]). Für jeden Liquidanten wird eine Specialacte angefangen, und als Klage ein Extract aus dem Liquidationsprotocolle über das von dem Liquidanten gemachte Professum, nebst allen dazu gehörigen Anlagen des Liquidationsprotocolles, hierher gelegt. Der Contradictor übergiebt nun nach vorgängiger Aufforderung des Gerichts in jeder Specialacte seine Antwort. Von den dilatorischen Einreden ist

1) Brunnemann III, 14. 2) Brunnemann III, 7.

die Einrede der fehlenden Caution für die Proceßkosten ziemlich unbekannt [1]; wichtig ist dagegen die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache und zum Processe, sowie die Einrede der fehlenden Eigenschaft einer Concursforderung, und der Präclusion vom Concurse. Die Einlassung besteht in Abläugnung, aber auch in Einräumung der Forderung. Die peremtorischen Einreden sind die gewöhnlichen; durch die oft schon vor dem Concurse bedrängte und mißliche Lage des Schuldners werden besonders exceptio non numeratae pecuniae, und Einrede des Zinswuchers, und, wenn der Gläubiger den Schuldposten an Andere überließ, exceptio legis Anastasianae veranlaßt. Sollte der Contradictor eine Exception versäumen, so kann sie allenfalls von Amtswegen ergänzt werden, weil der Richter zum Besten der Gesammtheit der Gläubiger vormundschaftliche Pflichten hat (§. 90. No. 3.), er auch dem Contradictor aufgeben könnte, die Exception vorzuschützen (§. 104.). Auf die Antwort wird von allen Liquidanten die Replik und von dem Contradictor die Duplik verhandelt. Nicht selten wird das Liquidationsverfahren mündlich zu Protocoll instruirt; alsdann werden der Contradictor und so viele Gläubiger, als in Einem Termin verhandeln können, zum Erscheinen geladen, und in jeder Acte auf der Stelle mit Antwort, Replik und Duplik vernommen. Der Beweis wird nach der summarischen Natur des Liquidationsprocesses von Seiten des Gläubigers, wie des Contradictors, ohne ein Beweisinterlocut und ohne einen Beweistermin abzuwarten, wenigstens mit der Replik und Duplik verbunden; besonders der Beweis durch Urkunden. Zeugen werden, ebenfalls wegen der sum-

1) Ludovici Cap. 5. §. 2 flg.

marischen Instruction der Sache, ohne Artikel und Interrogatorien vernommen, und der Impugnations- und Deductionssatz gewöhnlich weggelassen. Eide werden noch nicht geschworen, weil noch nicht gewiß ist, daß das Professum zur Perception kommt und unnöthige Eide vermieden werden müssen. Sind schon vor Ausbruch des Concurses Verhandlungen zwischen dem Gläubiger und Cridar erwachsen, so werden diese zu der Specialacte gelegt, und fährt man da fort, wo der Proceß früher stehen blieb, aber freilich für die Folge nur nach den Regeln des Liquidationsprocesses, und mit Verbesserung dessen, was früher gegen dessen Regeln verfügt seyn möchte. Ist eine Liquidationssache bis zum Urtheil reif, so ruht sie, bis über alle gemeinschaftlich das Prioritätsurtheil abgegeben werden kann [1]).

b. Im Prioritätsverfahren.

§. 135.

Mit einstweiliger Aussetzung des Prioritätsstreits in Rücksicht solcher Interessenten, hinsichtlich deren sich hoffen läßt, daß sie sämmtlich befriedigt werden, oder auch zu fürchten ist, daß sie sämmtlich leer ausgehen, wird für die übrigen das Verfahren für alle gleichzeitig begonnen; obgleich im Uebrigen die Art des Prioritätsverfahrens vor dem Prioritätsurtheile in den einzelnen Gerichten sehr verschieden, und es kaum möglich ist, die gewöhnlichere Verfahrungsart zu bezeichnen. A) Nach dem älteren Verfahren wird über die Priorität, wie über die Liquidität, schon vor dem Prioritätsurtheile verhandelt. Bleibt nun der Contradictor von der Theilnahme an den Verhandlungen ausgeschlossen, so bleibt nichts übrig, als gleichzeitig mit dem

1) A. M. ist Dabelow S. 585. No. 3.

Beginn der Liquidationen sämmtliche Gläubiger zum Zweck der mündlichen Verhandlung zu einem Termine vorzuladen. In diesem macht jeder Gläubiger der Reihe nach den Prioritätsantrag und die interessirten Gläubiger contradiciren, beides in den Generalacten des Concurses. Auch Beweise werden schon anticipirt, wiewohl weniger häufig als im Liquidationsverfahren. Ein Uebelstand dieses Verfahrens ist, daß die übrigen Gläubiger ihren eigenen Platz nicht kennen, und darum ohne Noth contradiciren müssen, auch wohl der unrechte Contradicent auftritt. B) Vermieden wird dieser Nachtheil, wenn man dem Contradictor noch wenigstens die Einleitung des Prioritätsstreits überträgt. Alsdann wird in einigen Gerichten von dem Liquidanten in der Specialacte Liquidität und Priorität zugleich verhandelt und vom Contradictor beiden contradicirt. In anderen übergiebt der Contradictor einen Prioritätsplan, und fordert jeden, welcher eine bessere Stelle verlangt, zum Verfahren gegen sich auf, welches wieder mit der Specialacte über die Liquidität verbunden wird. Mit dem Prioritätsurtheil hört die weitere Theilnahme des Contradictors auf, und die Fortsetzung der Sache erfolgt von Seiten der interessirten Gläubiger; welche auch wohl an die Handlungen des Contradictors nicht gebunden sind, falls dieser früher etwas versäumte, oder in seinen Einräumungen zu weit ging, weil die Verhandlungen des Contradictors hinsichtlich der Priorität als etwas blos Vorläufiges angesehen werden können. Dies Verfahren hat den Nachtheil, daß eine Person in den Streit gezogen wird, welche an demselben eigentlich keinen Theil haben sollte, und daß der Gegner des Gläubigers im Laufe der Verhandlung wechselt. C) Das neueste, schon in manchen Gerichten angenommene, Verfahren, wodurch alle Unbequemlichkeit

gehoben wird, ist die gänzliche Aussetzung des Prioritätsstreits bis nach Abgabe des Prioritätsurtheils. Der Richter läßt alsdann die Gläubiger schon im Liquidationstermin die Anträge in Rücksicht der Priorität machen, und die Umstände, worauf diese gegründet sind, mit Beifügung der vorhandenen Belege, anzeigen, und giebt hierauf, mit Aussetzung aller weiteren Verhandlung, das Prioritätsurtheil ab, was nun über den Prioritätspunkt als ein bloßer Entwurf anzusehen ist, um erst hinterdrein auf dessen Grundlage eine zweckmäßige Verhandlung über die Priorität einzuleiten.

2. Prioritätsurtheil.

a. Begriff des Prioritätsurtheils.

§. 136.

Im Römischen Concurse wurde über jede einzelne Liquidation und über jeden Prioritätsstreit besonders erkannt; um indessen das Verhältniß des Einzelnen zu allen übrigen auf einmal zu übersehen und damit die dem Einzelnen angewiesene Stelle verbindend in Rücksicht Aller werde, hat der heutige Concurs das allgemeine Prioritäts- oder Locationsurtheil eingeführt, was so gut über die Liquidität als Priorität erkennt, und daher einen zu beschränkten Namen führt. In beider Hinsicht, der Liquidität sowohl als Priorität, folgt das Urtheil den allgemeinen Regeln der Erkenntnisse, ausgenommen daß es in dem Prioritätspunkte zuweilen nur vorläufiger Entwurf ist, und alsdann nicht rechtskräftig wird (§. 135. C.). Das Prioritätsurtheil wird nicht gleich nach Ablauf des Liquidationstermins abgegeben, es steht aber auch keinesweges hin, bis sämmtliche Verhandlungen über Liquidität und Priorität geendigt sind, sondern greift mitten ein, sobald in

Rücksicht der Liquidität alles gegenseitig Vorgebrachte beantwortet ist, und in Rücksicht der Priorität, wenn es als eigentliches Urtheil vorkommt, sobald die Verhandlung eine gleiche Ausdehnung erhalten hat, wie in Hinsicht der Liquidität, wenn es hingegen bloßer Entwurf ist (§. 135. C.), sobald nur jeder Gläubiger seine Prioritätsanträge gemacht hat. Die noch fehlenden Beweise der Forderung werden als Bedingungen der Location, die der Einrede als Vorbehalte dagegen dem Urtheile einverleibt [1]). Da übrigens jeder vor dem Urtheile versuchte Beweis, weil Beweisinterlocut und Beweistermin fehlen, nur als ein anticipirter gelten kann, so ist im Falle des bis jetzt mißlungenen Beweises immer noch auf besseren Beweis zu erkennen; sowie im Falle des gelungenen noch immer der Gegenbeweis vorzubehalten. Auch bei dem Prioritätsurtheil gilt der Grundsatz, daß über die vom Richter vergessenen Professa stets nachholungsweise erkannt werden kann [2]). Die Kosten des Urtheils trägt die Masse, und zwar nach der, freilich schlecht begründeten, Behauptung der Rechtslehrer sogar, wenn dasselbe auf Ansuchen Einzelner auswärts eingeholt wurde [3]).

b. Einrichtung des Prioritätsurtheils.

§. 137.

Am zweckmäßigsten wird das Prioritätsurtheil folgendermaaßen eingerichtet: A) den Eingang macht die Benennung der streitenden Theile, von der einen Seite der Creditoren, die jedoch nicht einzeln aufgezählt werden, als Liquidanten, von der anderen des namentlich

1) Schaumburg princ. prax. II, 8. §. 15. *). Nettelbladt de sumt. proc. conc. cred. §. 22.

2) Mevii Dec. III, 353.

3) Ludovici Cap. 10. §. 2.

aufzuführenden Contradictors, als Liquidaten, Angabe des Streitgegenstandes, nämlich blos durch die allgemeine Bezeichnung: in pcto liquiditatis et prioritatis, und Name des beschließenden Gerichts. B) Hiernächst werden alle Berechtigte, bei welchen über gar keine Priorität zu erkennen ist, wie die Vindicanten und Massegläubiger, in einer willkührlichen Ordnung aufgezählt; sollten einige dieser Gläubiger schon befriedigt seyn, so bleiben sie hier hinweg. Nachdem sodann bemerkt worden, daß die Concurskosten, welche Einige [1]) unpassend unter den Forderungen der ersten Classe aufführen wollen, soweit sie der Masse zur Last fallen, vorabzuziehen seyen; wird C) das übrig bleibende Vermögen unter die eigentlichen Gläubiger nach fortlaufenden Nummern vertheilt. Die Aufführung nach der theoretischen Classenabtheilung würde dem Urtheile ein zu gelehrtes Ansehen geben, und man begnügt sich, in der fortlaufenden Nummerreihe der Gläubiger da, wo jede einzelne Classe beginnt, die Art der hier leitenden Priorität mit einem Paar Worten, z. B. wegen absoluten Vorzugsrechtes, wegen privilegirter Hypothek u. s. w., voraufzuschicken, höchstens mit jeder neuen Classe die Zählung wieder von vorn zu beginnen. Unter den hinter einander aufgeführten Nummern geht die frühere der späteren vor; sollen daher mehre Nummern in gleicher Priorität pro rata der Forderung befriedigt werden, so ist dies nach Anführung der letzten ausdrücklich zu bemerken. Bei jedem Gläubiger wird die Größe der Forderung, und da, wo das Alter entscheidet, wie bei der Hypothek, auch dieses angegeben. Mehrmals muß der nämliche Gläubiger genannt werden:

1) z. B. Nettelbladt de sumt. proc. conc. cred. §. 21.

1) wenn er mehre Forderungen hat, indem er, je nachdem diese eine gleiche oder ungleiche Priorität haben, hinter einander, oder an verschiedenen Stellen, mehrmals aufzuführen ist; 2) wenn er eine Specialhypothek hat, indem er auf den Fall, daß deren Ertrag nicht zureichen sollte, in einer späteren Classe wieder vorkommen muß; 3) wenn ihm ein vorzüglicher Platz nur unter Bedingung eines noch zu führenden Beweises gegeben ist, welchenfalls er, sofern der Beweis nicht geführt werden sollte, an dem alsdann geltenden Platze wieder zu nennen ist. Wird unter den Gläubigern Jemand ganz unbedingt locirt, so ist dadurch nicht nur der Beweis über Liquidität und Priorität für genügend erklärt, sondern es sind auch die dagegen etwa vorgebrachten Einreden verworfen; und kann insofern auch durch Stillschweigen im Prioritätserkenntniß etwas zu- und aberkannt werden. Am Ende der Aufzählung der Gläubiger werden diejenigen, deren Liquidation bis zur Gewißheit der Befriedigung ausgesetzt werden soll, zwar noch einzeln mit Angabe ihrer Forderung aufgeführt, aber unter allgemeinem Vorbehalte der dereinst noch zu bewürkenden Liquidation. D) Folgen nunmehr die Auflagen, Vorbehalte und Termine, welche sich auf alle Gläubiger gleich gut beziehen; denn haben sie auf einzelne Bezug, so erhalten sie ihren Platz bei diesen. E) Ist das Prioritätsurtheil hinsichtlich des Prioritätspunkts nur vorläufiger Entwurf (§. 135. C.), so muß jedem Gläubiger eine bessere, als die ihm angewiesene, Priorität, sowie allen übrigen Gläubigern eine schlechtere desselben bei dem Concursgerichte auszuführen, namentlich vorbehalten werden [1]). F) Endlich

1) v. Bülow's und Hagemann's Pr. Erört. I, 69.

sind die Gläubiger aufzuzählen, welche sich zwar gemeldet haben, aber nicht zur Participation zu lassen sind, weil die Schuld nicht fundirt, oder der Beweis ohne Möglichkeit der Verbesserung mißlungen, oder die Schuld durch Einreden elidirt ist; so lange indessen der Gläubiger nicht ganz entschieden auszuschließen ist, wird er unter Vorbehalt der noch zu führenden Beweise und Gegenbeweise lieber locirt, damit im Falle der möglichen künftigen Zulassung die Priorität nicht unbestimmt sey.

3. Verhandlungen nach dem Prioritätsurtheile.

a. In Rücksicht der Liquidität.

§. 138.

Sobald das Prioritätsurtheil abgegeben ist, werden zur Fortsetzung der Liquidationsverhandlungen Extracte des Urtheils zu jeder Specialacte angefertigt. Findet sich keiner der Interessenten beschwert, so werden bei dem Concursgerichte selbst die aufgelegten oder vorbehaltenen Beweise geführt, welche jetzt an einen bestimmten Beweissatz und an die im Prioritätsurtheil allgemein angeordnete Beweisfrist gebunden sind. Nach beendigter Beweisführung erfolgt ein zweites Erkenntniß in der Specialacte über unbedingte Zulassung der Forderung, oder gänzliche Verwerfung. Findet sich Jemand beschwert, so sind Rechtsmittel zulässig, sowohl gegen das Prioritätsurtheil, es mag nun die Forderung abgewiesen, oder zugelassen, oder auf Beweis erkannt haben, als gegen das, dem Prioritätsurtheil in der Specialacte nachfolgende, zweite Erkenntniß über den angetretenen Beweis; doch bedient sich der Contradictor der Rechtsmittel selten, denn er darf sich bei dem Ausspruch des Gerichts beruhigen und hat kein eigenes Interesse, die Sache weiter zu treiben; eher machen die

übrigen Gläubiger noch jetzt ihr Recht der accessorischen Intervention mittelst Appellation geltend [1]). Die Verhandlung des Rechtsmittels erfolgt in der Specialacte, welche, ohne die übrigen Acten beizulegen, dem Obergericht eingesandt wird. Ist das Verfahren gänzlich beendigt, so wird von der Specialacte wieder ein Extract zu dem Prioritätsurtheile gelegt. Siegt der Gläubiger, so erfordert die künftige Rechtsverfolgung gegen den Cridar einen neuen Proceß, da dem Cridar durch den Contradictor, als einen Dritten, welcher nicht des Cridars Stelle vertritt, nicht geschadet wird [2]); obgleich, wenn der Gläubiger nicht durch Nachlässigkeit des Contradictors siegte, die Entscheidung doch schon ein wichtiges Präjudiz gegen den Cridar begründen wird. Ist der umgekehrte Fall, daß der Gläubiger unterliegt, so kann eine Präclusion von der Masse wegen Veränderung des Professum (§. 130. No. 4.), oder wegen Ungehorsams (§. 130. No. 5.) dem Cridar nicht zu Statten kommen, weil die Präclusion nur von der gegenwärtigen Masse gilt, grade als wenn der Gläubiger sich gleich anfangs gar nicht gemeldet hätte. Aber auch wenn der Gläubiger aus materiellen Gründen unterliegt, z. B. wegen mißlungenen Beweises, so sollte dies eigentlich nur der Masse, nicht dem Cridar nützen [3]), denn es bleibt für diesen Regel, daß er durch einen Dritten nicht verliert, aber auch nicht gewinnt [4]). Es muß also der Cridar, um ebenfalls den Vortheil zu genießen, mittelst der Intervention an der Verhandlung des Contradictors Theil genommen haben, wenigstens bis zum ersten Urtheil, denn nach-

1) arg. l. 4. §. 2—4. l. 5. D. de appell. (49. 1.)

2) l. 15. C. de n. n. pecun. (4. 15.) Seuffert im Archiv f. civ. Pr. XI, 16, 2.

3) A. M. ist Dabelow S. 645 flg.

4) Mein Röm. Privatr. I. §. 147.

her kommt ihm der glückliche Ausgang der blos vom Contradictor ergriffenen Appellation allerdings mit zu Gute [1]). Ist das Liquidationsverfahren in allen Specialacten geendigt, so erfolgt die Entlassung des Contradictors.

b. In Rücksicht der Priorität.

§. 139.

Verhandlungen nach dem Prioritätsurtheile rücksichtlich der Priorität entstehen A) für den Fall, daß dem Prioritätsurtheil eine Verhandlung über den Prioritätspunkt voraufgegangen ist, dafern sich Niemand durch das Urtheil beschwert findet, durch Antretung des Beweises, wenn dem Gläubiger ein vorzüglicher Platz nur unter Bedingung eines noch zu beschaffenden Beweises gegeben ist, welcher Beweis gegen diejenigen, welche den Platz streitig machen, geführt wird, und zwar in einer Specialacte, welche nach gefertigtem Extracte aus dem Prioritätsurtheil jetzt erst angefangen wird. Hält sich Jemand durch das Urtheil beschwert, so finden auch hier Rechtsmittel statt, und zwar 1) gegen das Prioritätsurtheil: a) wenn ein Gläubiger sich nicht hoch genug gesetzt glaubt, wo er gegen diejenigen auftritt, welchen er vor- oder gleichgesetzt seyn will; b) wenn die Uebrigen den Gläubiger zu hoch gesetzt glauben, wo die nachfolgenden gegen den vorgesetzten auftreten; c) wenn gegen den Platz an sich nichts zu erinnern ist, es aber noch auf Beweise ankommt, hinsichtlich deren Fassung sich der Gläubiger oder dessen Gegner zu ungünstig behandelt finden; 2) gegen das dem Prioritätsurtheil nachfolgende zweite Erkenntniß über das Resultat des angetretenen Beweises. Auch die

1) arg. l. 1. 2. C. si unus ex plur. appell. (7. 68.)

Verhandlungen des Rechtsmittels gehören in die Specialacte, welche nach gefertigtem Extracte aus dem Prioritätsurtheil jetzt erst angefangen wird. Das endliche Resultat des Beweisverfahrens oder der Instanz der Rechtsmittel in der Specialacte wird wieder durch Extracte zu dem Prioritätsurtheile bemerkt. B) Ist dem Prioritätsurtheile keine Verhandlung über die Priorität voraufgegangen (§. 135. c.), so erfolgt auch die Deduction einer anderen Priorität, so wie die Beschwerdeführung über die Fassung des Beweissatzes, zuvörderst bei dem Concursgericht in einer mittelst Extracts aus dem Prioritätsurtheile zu eröffnenden Specialacte, und erst, wenn nach Antwort, Replik und Duplik und anticipirtem Beweise ein neues Erkenntniß ergangen ist, die Anfechtung mittelst eingewandter Rechtsmittel. Auch hier wird das endliche Resultat wieder durch Extracte zu dem Prioritätsurtheile bemerkt. C) Sind drei oder mehre Gläubiger hinter einander locirt, und der letzte ficht den Platz des ersten an, und siegt in Folge eines besonderen Verhältnisses zwischen ihm und dem ersten, z. B. daß ihm der erste seine Priorität überlassen hat, so tritt der letzte in des ersten Stelle [1]). Siegt er aus allgemeinen Gründen der Priorität, so entscheidet eine Stelle des Römischen Rechts [2]), das Recht des mittleren werde nicht

1) v. Bülow's und Hagemann's Pract. Erört. IV, 32.

2) l. 16. D. qui pot. in pign. (20. 4.) (Paulus lib. 3. Quaest.) Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutychiana de jure suo doceret, superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium judicem victus appellaverat: Quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an, ea remota, Turbo tertium excluderet? Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori ex-

verändert, und doch trete auch der letzte nicht in des ersten Stelle. Schon die Glosse [1]) bemerkt sehr richtig, daß dadurch hier, wo es nicht blos auf das Verhältniß des letzten zu dem ersten ankommt, sondern der mittlere immer mit dabei ist, die Vollziehung des Urtheils unmöglich werde [2]); und es ist gewiß das Richtige, daß der Sieg ohne Folgen bleibt, bis auch der mittlere adcitirt und in Rücksicht aller drei zugleich aufs Neue erkannt ist. Einige lassen dem mittleren seinen Platz, und den letzten erheben, was dem ersten zufällt [3]), ganz so, als wenn zwischen einem privatum und publicum pignus ein nicht urkundliches Pfandrecht in die Mitte tritt (§. 73.); allein ein solcher Ausweg ist wohl nur da zulässig, wo sich eine in dem Gesetze begründete Unauflöslichkeit des Verhältnisses zeigt, schwerlich wo die Verwickelung in Urtheilssprüchen liegt, deren Auflösung nicht der Ausbildung des Rechts durch die Doctrin anheim fällt. Andere lassen den mittleren den letzten werden [4]), was aber gegen alle Proceßgrundsätze, namentlich gegen den, daß das Urtheil keinem Dritten schadet, ver-

solvit. Fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere: mihi nequaquam id justum esse videbatur. Pone, primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione, aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest? aut contra si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. *Igitur nec tertius creditor successit in locum ejus, quem exclusit: nec inter alios res judicata alii prodesse, aut nocere debet.* Sed sine praejudicio prioris sententiae (vorausgesetzt, daß es blos auf das Verhältniß des letzten zu dem ersten ankommt) totum jus alii creditori integrum relinquitur.

1) Glossa ad l. cit.

2) Leibnitz de casibus perpl. no. 32.

3) v. Bülow und Hagemann a. a. O.

4) Gmelin's u. Elsässer's Jur. Beob. I, 17. Glück's Pand. XIX. §. 1097. S. 377.

stößt [1]. Noch andere lassen den mittleren den ersten werden [2], und allerdings darf der Obsiegende einem Dritten eher nutzen, als schaden, obgleich sich die Anwendung davon auf den vorliegenden Fall rechtlich doch nur dann vertheidigen läßt, wenn der Obsiegende und der Dritte bis zum ersten Urtheile gemeinschaftliche Sache machten [3]. Die Regel: si vinco vincentem te, vinco te ipsum [4], führt hier eben so wenig weiter, als in einem anderen, schon oben (§. 73.) vorgekommenen Falle.

Drittes Capitel.

Von der Distribution der Masse an die Gläubiger.

I. Vorläufige Distribution.

§. 140.

Schon vor der Distribution zum Zweck der Beendigung des Concurses werden die nach und nach eingehenden Gelder vorläufig vertheilt (§. 85.). Vor dem Präclusivbescheid kann dies aber nicht wohl geschehen, und selbst nachher muß der Gläubiger oft Caution wegen Zurückgabe leisten. Auch zahlt der Güterpfleger nicht anders, als nach Anweisung des Gerichts. In Administrationsconcursen erfolgt die Austheilung jedes Jahr.

II. Vertheilung zum Zweck der Beendigung des Concurses.

A. Bedingungen derselben.

§. 141.

Auch die endliche Distribution zum Zweck der Beendigung des Concurses wird möglichst beeilt, weil die Ad-

1) Gönner's Handbuch des Proc. I, 19. §. 14.

2) Pufendorf Obs. III, 179. Hoch's Mag. für Concurssachen. 1820. H. 1. No. 4.

3) l. 1. 2. C. si unus ex plur. app. (7. 68.)

4) l. 14. §. 3. D. de div. temp. praescr. (44. 3.)

ministration der Masse fortdauernd Kosten macht. Indessen muß: 1) in Rücksicht der Masse alles, was dazu gehört, eingezogen und zu Gelde gemacht seyn; jedoch werden sichere Hebungen auch als Zahlung angewiesen, und unsichere zur Ersparung weiterer Kosten denjenigen Gläubigern, bei welchen sich die Masse erschöpft, zu eigener Verfolgung übergeben. 2) In Rücksicht der Gläubiger muß, insoweit sie zur Hebung kommen, Liquidität und Priorität feststehen. Sind indessen blos Einzelne noch im Streit befangen, so werden sie auch wohl zum Verfahren außerhalb des Concurses verwiesen, indem bis zu ausgemachter Sache die streitigen Gegenstände deponirt, oder einem der streitenden Theile gegen sichere Caution behändigt werden [1]).

B. Verfahren dabei.

1. Distributionsbescheid und Distributionstermin.

§. 142.

Steht nach dem Bisherigen der Vertheilung nichts mehr im Wege, so zieht der Richter die von den eingekommenen Concursgeldern ausgeliehenen Capitalien wieder ein, und erläßt den Distributionsbescheid. Er enthält 1) eine Angabe des reinen Bestandes der Masse; 2) Bemerkung derjenigen Gläubiger, welche ihre Befriedigung zu erwarten haben, gegründet auf das Prioritätsurtheil und die über den fraglichen Punkt hinterher erfolgten Erkenntnisse; 3) Anberaumung eines Termins zur Empfangnehmung der Gelder. In den Punkten, in welchen der Distributionsbescheid den früheren Erkenntnissen, namentlich dem Prioritätsurtheil, widerstreitet, erlangt er keine Rechtskraft [2]); in Rücksicht der noch unentschiedenen

1) Mevii Dec. VI, 385. 2) Kind quaest. forens. Tom. 3. cap. 44.

Punkte ist dies allerdings der Fall [1]). In dem Distributionstermin erfolgt die Auszahlung nach der im Decret angegebenen Ordnung, worauf jeder Gläubiger entweder unter der jetzt einzuliefernden und bei den Concursacten aufzubewahrenden Originalurkunde, oder eigenhändig zu Protocoll, quitirt. Sind Eide ausgesetzt bis zur Gewißheit der Befriedigung des Gläubigers (§. 134.), so werden sie vor dem Empfang erst abgeleistet. Ist ein Gläubiger schon vorläufig unter Caution befriedigt, und er kommt nicht zur Hebung, so muß er zurückzahlen, kommt er zur Hebung, so wird ihm die Caution zurückgegeben. Wegen des künftig noch zu Vertheilenden wird wenigstens vorläufig bestimmt, wer demnächst zur Hebung kommen soll. — Müssen den Gläubigern in Ermangelung von Kaufliebhabern die Sachen des Cridars adjudicirt werden, so ist das Verfahren den oben (§. 84.) aufgestellten Grundsätzen gemäß einzurichten.

2. Verfahren gegen ausbleibende Gläubiger.

§. 143.

Bleiben die Gläubiger im Termine aus, so werden die ihnen zufallenden Gelder auf ihre Gefahr und Kosten ad depositum judiciale genommen; Präclusion von der Masse ist unstatthaft, da es derselben zum Fortgang der Distribution nicht bedarf [2]). Erst wenn die Gläubiger und deren Erben unbekannt zu werden anfangen, kann eine Ladung an Alle ergehen, welche Ansprüche an den deponirten Geldern haben, und wenn sich Niemand meldet, die Einziehung der Summen als eines bonum vacans zum Besten des Fiscus verfügt werden [3]). Ei-

1) Hommel rhaps. obs. 228.

2) Dabelow S. 643. Not. r.

3) (v. Trützschler) v. der Präclusion der Gläubiger. Absch. 3. §. 10—27.

nige geben sie den übrigen Gläubigern, grade als wenn die Forderung des Ausbleibenden nicht profitirt wäre [1]); allein was einem würklichen Profitenten zufällt, ist sein Eigenthum, und darauf hat kein Mitgläubiger Anspruch.

3. Handlungen, welche mit der Distribution verbunden zu werden pflegen.

§. 144.

Gewöhnlich wird mit Distribution der Masse die Entlassung und Quitirung des Güterpflegers und die Vorlegung der Concursacten an die unbefriedigt gebliebenen Gläubiger verbunden. Machen diese gegen den Güterpfleger Erinnerungen, so findet zwischen beiden ein Verfahren statt, welches mit der richterlichen Entscheidung schließt. Greifen sie den Richter selbst an, so bleibt diesem nichts übrig, als sich durch treffende Gegengründe zu vertheidigen, und wenn diese keinen Eingang finden, die Gläubiger gegen sich in den Weg Rechtens zu verweisen. Die Auszahlung des würklich Vorhandenen wird übrigens durch diese Streitigkeiten nicht aufgehalten [2]).

III. Impugnation der Distribution.

§. 145.

Auch nach erfolgter Distribution können 1) die nicht erschienenen Gläubiger die Präclusion auf gleiche Weise anfechten, wie vor der Austheilung (§. 119.), mithin nicht nur aus dem Grunde wesentlicher Mängel der Ladung und des Präclusivbescheides [3]), sondern auch aus

1) v. Quistorp Rechtl. Bemerk. B. 1. No. 38.

2) Mevius pte. 6. dec. 391.

3) (v. Trützschler) v. der Präclusion der Gläubiger. II, 3. §. 5. 6.

dem Grunde der Restitution [1]). Eben so behalten 2) die erschienenen Gläubiger auch nach der Distribution alle vor derselben gegen das Prioritätsurtheil zuständigen Nichtigkeits- und Restitutionsklagen. Nur verweisen die Rechtslehrer die Impugnationsklage nach der Austheilung an den Richter des Wohnorts des Beklagten, und wollen das Concursgericht außer dem Falle, wenn dem Empfänger die künftige Rückzahlung schon vorläufig zur Bedingung gemacht wurde, nicht für competent halten [2]).

Vierte Abtheilung.

Von Einrichtung der Concursacten.

§. 146.

Die über den Concursproceß, wie jeden anderen, zu führenden Acten haben so vielartige Gegenstände und werden dadurch so voluminös, daß die blos chronologische Anordnung, wie in anderen Processen, das Zusammengehörige gar nicht auffinden und übersehen läßt; daher die Nothwendigkeit der in neueren Zeiten freilich oft übertriebenen, Separationsmethode, für welche Claproth [3]) zuerst Grundsätze aufzustellen suchte, welche sich seitdem am besten bei Martin [4]) entwickelt finden; wogegen die Methode von Gönner [5]) zu sehr an ein logisches Skelett erinnert, was einer frischen Geschäftsbetreibung überall nicht zusagt. Das natürlichste Princip der Separation, welches

1) Strube's Rechtl. Bed. I, 68. Walch controv. jur. sect. 4. c. 3. memb. 2. subs. 2. §. 31. (v. Trütschler) a. a. O. II, 3. §. 25 flg. Dabelow S. 648 flg. A. M. ist Leyser Sp. 490 med. 2.

2) Salgado de Somoza II, 6. no. 40 seq. (v. Trütschler) a. a. O. II, 3. §. 31. Not. 1.

3) Claproth §. 346.

4) Martin's Mag. für den Proc. I, 3. Zu verbinden damit sind Adolph Martin's Separirte Concursacten. Jena 1827.

5) Gönner §. 35. 36.

auch ziemlich von Allen angenommen ist, geht auf die Unterscheidung der General- und Specialacten, von welchen die Generalacten alles enthalten, was nicht die Rechte Einzelner angeht. Ist indessen der Concurs einigermaaßen bedeutend, so ist hier eine weitere Absonderung zu machen und zwar wenigstens nach folgenden, von dem Gegenstande und von der Aufeinanderfolge der Geschäfte entlehnten, Rubriken, welchen eben so viele Actenbunde entsprechen: 1) Veranlassung und Eröffnung des Concurses; diese Sammlung beginnt mit dem ersten Einleitungsacte des Concurses und schließt mit dem decretum de aperiundo concursu, nebst den zugleich mit diesem erlassenen Verfügungen. 2) Activzustand des Cridars; diese Abtheilung enthält das Versiegelungsprotocoll, das Inventarium, das Auctionsprotocoll und die Rechnung des Güterpflegers. 3) Allgemeine Verfügungen in Bezug auf Liquidität und Priorität; in dies Actenbund gehört die Edictalladung, das Professionsprotocoll, der Präclusivbescheid, und das Prioritätsurtheil. 4) Distribution der Masse; dies Actenbund enthält besonders den Distributionsbescheid und das Distributionsprotocoll; sowie die von den befriedigten Gläubigern zurückgelieferten Urkunden und ausgestellten Quitungen. Die Specialacten gehen auf die einzelnen Vindicanten, Masse- und Concursgläubiger, von welchen die beiden ersten immer nur in Einer Specialacte handeln, während bei den Concursgläubigern doppelte Specialacten angelegt werden müssen: 1) die Liquidationsacten, und zwar so viele, als Professionen vorkommen, nur daß mehre Interessenten derselben Forderung blos Eine Acte erhalten, indem sie als Litisconsorten handeln; auch mehre Professa des nämlichen Gläubigers nach den Grundsätzen der Klagencumulation zu

Einer Acte verbunden werden. 2) Die Prioritätsacten, deren nur so viele sind, als das Prioritätsurtheil weitere Verhandlungen über die Priorität veranlaßt. Mehre Forderungen des nämlichen Gläubigers machen hier eine doppelte Specialacte nothwendig, wenn er über jede der Forderungen mit verschiedenen Gegnern zu verhandeln hat. Die Specialacten werden ohne Unterschied derer über Liquidität und Priorität in fortlaufender Zahl numerirt, damit nicht die häufige Wiederkehr der nämlichen Zahl Verwirrung mache. In den einzelnen General- und Specialactenbunden findet sich alles wieder in chronologischer Ordnung. Der nöthige Zusammenhang der General- und Specialacten muß durch Extracte erhalten werden, welche bald von den General- zu den Specialacten (§. 134. 138. 139.), bald von diesen zu jenen gelegt werden (§. 138. 139.). Schon die allgemeine Einrichtung der Gerichtsacten bringt es mit sich, daß die sämmtlichen Concursacten, sowie die einzelnen Bunde der General- und Specialacten, einen Umschlag erhalten, und den sämmtlichen Concursacten eine generelle, sowie jedem einzelnen Bunde eine specielle Actendesignation vorangelegt wird. Einige [1]) empfehlen auch noch die Haltung eines Concursjournals, in welches alles, was in der Concurssache geschehe, in chronologischer Ordnung eingetragen werde, mit Hinweisung auf das Bund und die Nummer der Acten, wo das Weitere über diese Handlung zu finden sey. Aber den Ueberblick über die Lage des Concurses und über dasjenige, was darin schon geschehen und noch zu thun ist, geben die Actendesignationen eben so gut, da auch das Journal zu diesem Zweck von Anfang bis zu Ende durch-

1) Gönner §. 36.

gesehen werden müßte; und für den Beweis der zu keiner Zeit unterbrochenen Thätigkeit des Gerichts ist ein Diarium nicht brauchbarer, als die Actendesignationen, zumal da die übrigen Geschäfte des Gerichts, welche dabei mit in Anschlag kommen, auch nicht aus dem Diarium hervorgehen können; ist es aber auf eine Erinnerung an die in der Concurssache bevorstehenden Termine abgesehen, so leistet dazu ein allgemeiner Geschäfts- und Terminscalender noch mehr. Daher halten auch die Geschäftsmänner ein solches Journal wohl niemals [1]).

1) Adolph Martin a. a. O. S. 14 flg.

Achtes Hauptstück.

Von den Separationen im Concurse [1]).

I. Separation ohne Rücksicht auf die Concursverhältnisse.

A. Begriff der Separation.

§. 147.

Von wichtigem Einfluß auf den Concurs sind die Separationen, wenn von dem allgemeinen Vermögen des Schuldners einzelne Vermögenstheile zu einer abgesonderten Befriedigung gewisser mit den Gütern in besonderer Verbindung stehenden Gläubiger ausgeschieden werden. Die Berechtigten heißen die Separatisten; sie verfolgen kein Eigenthum, wie die Vindicanten, oder, wie sie auch heißen, Separatisten ex jure dominii; auch keine Rechte gegen die Concursgläubiger, wie die Massegläubiger; sondern gehören zu der Classe der Concursgläubiger, und heißen deshalb nur Separatisten ex jure crediti, fordern aber Aufhebung aller Gemeinschaft, indem sie eine Absonderung einzelner Theile der Masse und eine abgesonderte Befriedigung daraus verlangen, ohne sich auf einen bloßen Vorzug zu beschränken, wie die bevorzugten Gläubiger. Insofern stehen die Separatisten unter den Vindicanten und Massegläubigern, aber über den bevorzugten Gläubigern. Selten fassen unsere Juristen den Begriff

1) Dabelow S. 325—358.

ganz scharf auf, und begreifen unter dem Ausdruck Separatisten oft wahre Vindicanten, wie z. B. den Ehegatten wegen der dem anderen Theile mit geschenkten Geldern erworbenen Sachen; oft nur bevorzugte Gläubiger, wie z. B. den Verkäufer wegen des an der verkauften Sache reservirten Pfandrechts. Hier ist die Verwirrung vermieden und für eine feste Bedeutung des Ausdrucks gesorgt, damit nicht die Ungenauigkeit in ungeübten Händen zu Irrthümern führe.

B. Fälle der Separation.

§. 148.

Die Absonderung kann sich beziehen: A) nach dem prätorischen Edicte auf ursprünglich ganz getrennte Vermögen, indem die Creditoren des Erblassers, und nach deren Befriedigung die Legatare, die Absonderung der Erbschaft von dem eigenen Vermögen des Erben fordern [1]; der Hauptfall der Separation, welchen die Römer, wenn sie genau reden, allein mit diesem Namen bezeichnen. B) Als Erfindung der Römischen Rechtsgelehrten auf bloße Theile eines und desselben Vermögens, wobei den Neuern auch der Ausdruck Quasi-Separation gebräuchlich ist; nämlich 1) sollen bei der actio tributoria aus Handlungsgeschäften des Sclaven gegen den Herrn nicht nur, was schon aus der Natur der auf die Waaren beschränkten actio tributoria ganz von selbst folgt, die Handlung von dem übrigen Sclavengute, sondern, was sich nicht ganz von selbst versteht, auch die Güter zweier verschiedenen Handlungen des Sclaven, sie mögen nun mit verschiedenen Waaren, oder auch mit derselben, aber an

1) Tit. D. de separat. (42. 6.) Dabelow S. 325 flg. Mein Röm. Privatr. §. 849.

verschiedenen Orten, getrieben werden, für die besonderen Gläubiger einer jeden Handlung separirt werden [1]). Eigentlich würde man diese Bestimmung auf die actio tributoria beschränken müssen, weil sie auf der engen Verbindung dieser Klage mit der Waare, besonders auf der Einschränkung der Klage auf den Bestand der Waare, mit gänzlicher Ausscheidung des übrigen Gutes, beruht, und bei Freien keine ähnliche Verbindung von Klage und Gut vorkommt [2]); der Gerichtsgebrauch ist aber für die Anwendung dieser Separation auf alle Arten von Handelsleuten, wenn auch nicht überall, doch in manchen Ländern entschieden [3]). Alsdann ist es ganz consequent, nicht blos mehre Handlungen, sie mögen nun mit verschiedenen Waaren, oder auch mit den nämlichen, aber an verschiedenen Orten geführt werden, von einander, sondern auch eine einzige von dem übrigen Vermögen zu sondern, denn bei der actio tributoria ist auch eine einzige Handlung von dem übrigen Sclavengute stets geschieden, ja es ist diese Separation, auf die actio tributoria gesehen, viel evidenter, als die von zwei verschiedenen Handlungen; wiewohl der Gebrauch mehr für die Separation zweier Handlungen, als die der einen von dem übrigen Vermögen, entschieden zu seyn pflegt. Als Handlungsgut ist anzusehen, was an Waaren und Waarenausständen da ist [4]), und als Handlungsgläubiger, wer Waaren inferirt, oder wer zum Nutzen der Handlung creditirt hat [5]). Auch nach dem Tode des Kauf-

1) l. 5. §. 15. 16. D. de trib. act. (14. 4.)

2) Salgado de Somoza II, 12. no. 68 seq. Strube's Rechtl. Bed. III, 108. (Spang. 772.) A. M. ist Dabelow S. 347.

3) Salgado de Somoza l. c. Dabelow a. a. O. Hagemann's Pract. Erört. VII, 105.

4) l. 5. §. 11. 12. D. eod.

5) l. 5. §. 17. 18. D. eod. Dabelow S. 347 flg.

manns findet die Separation gegen die Erben statt [1]); auch schadet es nicht, daß die Handlung aufgehoben, oder mit einer anderen verbunden ist, sobald noch etwas übrig ist [2]); nach einer Veräußerung der Handlung kann aber die Separation gegen den Dritten nicht verfolgt werden, weil die tributoria actio nicht in rem ist [3]). 2) Können alle diejenigen, welche einem Hauskinde in Rücksicht des peculium militare creditirten, wozu ohne weiteres alle Gläubiger nach Erwerbung des Peculium im Verhältniß zu den früheren gerechnet werden sollen, das Peculium zum Zwecke einer abgesonderten Befriedigung vor den übrigen Gläubigern, und selbst vor denjenigen in Bezug auf das Peculium, welche zugleich eine Klage gegen den Vater haben, zum voraus verlangen [4]). — Die sonst noch angeführten Separationsfälle sind sämmtlich ungegründet [5]). Dies gilt auch von der von Manchen aufgestellten Behauptung, daß der socius des Cridars zum Besten seiner Societätsforderung die Separation des dem Cridar an der Societät zustehenden Antheils fordern könne [6]). Vollens verwegen ist aber die Behauptung [7]), daß allemal eine Separation eintrete, wenn ein Gütercorpus da sey, womit einzelne Gläubiger in besonderer Verbindung stånden, z. B. es wäre zur Verbesserung eines Landguts von Jemandem creditirt.

1) l. 7. §. 5. D. eod. A. M. ist Hagemann a. a. O.
2) A. M. ist Hagemann a. a. O.
3) Hagemann a. a. O.
4) l. 1. §. 9. D. de separat. Dabelow S. 349 flg.
5) Dabelow S. 349 flg.
6) Dabelow S. 353 flg.
7) Bei Gönner §. 12.

C. Rechtliche Natur der Separation.

§. 149.

Die Separation steht A) den hypothecarischen und chirographarischen Gläubigern, als ein Recht, nicht als eine Verbindlichkeit zu, und muß daher gesucht werden [1]; wenn auch nur von einem Einzelnen [2], welcher aber dadurch nicht mehr erlangt, als wenn auch die Uebrigen sie gebeten hätten. B) Das Separationsrecht bei Erbschaften gilt nur in den ersten fünf Jahren nach der Antretung [3], außerdem hat es die allgemeine Dauer aller Klagen. C) Bei Separirung einer Erbschaft hört alle Gemeinschaft der Separatisten mit den übrigen Gläubigern auf, und es entsteht ein Vorzugsrecht des Separatisten vor dem Nichtseparatisten, selbst wenn jener ein blos chirographarischer Gläubiger und diesem vom Erben die Erbschaft verpfändet wäre. Die übrigen Separationen geben zwar ein Vorzugsrecht vor allen chirographarischen Gläubigern, selbst vor den absolut privilegirten der ersten Classe, aber Gläubiger, welchen die Handlung oder das peculium militare des Schuldners verpfändet sind, werden nicht ausgeschlossen, und gelten mit als Handlungs- und militairische Gläubiger. Wer mit seiner Forderung nicht zu den Separatisten gehört, kann seiner Schuld an die separirte Erbschaft eine Forderung gegen den Erben nicht als Compensation entgegensetzen, weil hier in der That ein anderer fordert, als welcher Schuldner ist; sonst ist die Compensation mit jeder Forderung gegen den Schuldner unbedenklich, weil das Separationsrecht nur auf

1) Strube's Rechtl. Bed. IV, 101. (Spang. 773.)

2) l. 1. §. 16. D. de separat. (42. 6.)

3) l. 1. §. 13. D. eod.

Abwehrung der Concurrenz anderer Gläubiger, aber nicht auf die Vernichtung von Einreden gerichtet ist. D) Was die Separatisten übrig lassen, fällt den Nichtseparatisten zu [1]; werden aber die Separatisten nicht befriedigt, so können die Erbschaftsgläubiger sich nicht weiter an den Erben halten, weil sie die Qualität des Erben aufgehoben haben, und wenn gleich Papinian den Erben auch noch ferner verhaftet hält [2], so ist doch Paulus anderer Meinung [3]) und Ulpian erklärt dies für die gemeine Meinung [4]); in den übrigen Separationsfällen, in welchen die Qualität des Schuldners bleibt, ist die Nachforderung unbedenklich; doch lassen nun fast alle Rechtslehrer erst die Nichtseparatisten vorgehen. E) Der Zurücktritt von der Separation findet für die Erbschaftsgläubiger außer dem Falle des Daseyns eines Restitutionsgrundes nicht statt [5]); und diese Beschränkung muß auch in Rücksicht der übrigen Fälle gelten, sobald man nach der eben bemerkten Meinung der Rechtslehrer an die Separation ein Vorzugsrecht der Nichtseparatisten in Hinsicht der nicht separirten Vermögenstheile knüpft.

II. Separation mit Rücksicht auf die Concursverhältnisse.

§. 150.

Die Separationen können A) allenfalls auch gegen solvente Schuldner und außer dem Falle eines Concurses vorkommen, sobald der Schuldner die zur Separation berechtigten Gläubiger nicht befriedigt [6]). Die

1) l. 1. §. 17. D. eod.
2) l. 3. §. 2. D. eod.
3) l. 5. D. eod.
4) l. 1. §. 17. D. eod.
5) l. 1. §. 17. D. eod.
6) l. 5. D. de separat. (42. 6.) (Paulus lib. 13. Quaest.) Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt, et inveniatur *non idonea hereditas, heres autem idoneus*, etc.

Verfolgung der Separation kann alsdann in dem Gerichtsstande der belegenen Sache geschehen, und, insofern die separirten Güter insolvent sind, hier einen Particularconcurs ohne Daseyn eines Universalconcurses begründen [1]. B) Das gewöhnliche aber ist, daß die Separationen unter Voraussetzung eines eröffneten Universalconcurses gesucht werden, und Particular- und Universalconcurs neben einander vorkommen. In diesem Falle gehört 1) die Verfolgung des Separationsrechtes an das Concursgericht, und muß hier, wenn, wie es immer geschehen sollte, die Edictalladung der Separatisten oder doch aller, welche ex quocunque capite Ansprüche machen, gedenkt, im Liquidationstermin bei Strafe der Präclusion angemeldet werden; hingegen kann weder die Rechtskraft des Prioritätsurtheils, noch die Uebergehung bei der Distribution, diese Folge haben, da die nicht geladenen Separatisten sich als Dritte verhalten, welchen nicht schadet, was unter Anderen vorgeht. Ist das abzusondernde Gut nicht in den Händen des Concursgerichts, so würde die Geltendmachung der Separation bei dem Gericht der belegenen Sache, und ohne Rücksicht auf die Versäumung im Concurse, für zulässig zu halten seyn. 2) Das Verfahren besteht darin, daß das Gesuch um Separation den übrigen Gläubigern zur Vernehmlassung mitgetheilt, und wenn diese eingekommen ist, über die Separation erkannt wird. Ist dieselbe zulässig befunden, so werden zwar bis zur würklichen Ausscheidung die Güter gemeinschaftlich verwaltet, und die Concurskosten über das Ganze vertheilt [2]; es muß aber, sobald als möglich, die

1) Gönner §. 12. proc. conc. cred. §. 13. Dabelow S. 660 flg.
2) Nettelbladt de sumt.

Ausscheidung auf Kosten der Separatisten bewürkt, eine eigene Verwaltung eingeleitet, und eine besondere Rechnung über die Kosten jeder Masse geführt werden. Zugleich wird ein abgesondertes Liquidationsverfahren, und, wenn die separirten Güter insolvent sind, auch ein abgesondertes Prioritätsverfahren eingeleitet, ein eigenes Prioritätsurtheil abgegeben, und eine besondere Distribution gemacht [1]).

1) Schaumburg princ. prax. jurid. jud. II, 8. §. 8. Not. *****). Dabelow S. 647 flg.

Neuntes Hauptstück.

Von den Reconventionen im Concurse.

§. 151.

Noch kann eine Art von Absonderung im Concurse durch die Reconvention entstehen; aber freilich nur in dem zweiten der beiden möglichen Fälle. Die Reconvention kann nämlich vorkommen: A) zu Gunsten der Masse, wenn Jemand bei dem Concurse als Vindicant, Massegläubiger oder Concursgläubiger liquidirt; hierdurch wird die Masse berechtigt, einen ihr gegen den Liquidanten zukommenden Gegenanspruch bei dem Concursgerichte als Widerklage geltend zu machen [1]). Sie hat auch eines solchen Gegenanspruchs wegen das Recht auf die gewöhnliche cautio pro reconventione, obgleich selten daran gedacht wird, die Caution zu fordern. Verhandelt wird die Reconvention in der ihr eigenthümlichen Proceßart. B) Zum Nachtheil der Masse, wenn diese Jemanden als Besitzer von Gütern des Cridars, oder als dessen Schuldner in dem fremden Forum in Anspruch nimmt; hierdurch wird der Beklagte berechtigt, jeden Gegenanspruch, dieser beruhe auf einer Vindication, Masseforderung oder bloßen Schuld des Cridars, in foro conventionis als Widerklage geltend zu machen, ohne daß sich die Masse dagegen durch die Universalität oder anziehende Kraft des Concursgerichts zu schützen

1) Danz Summ. Proc. §. 185. Not. b.

vermag, da sich die Reconvention mehr als eine Rechtsvertheidigung gegen die Masse verhält, welche durch den Concurs nicht ergriffen wird [1]). Eben so kann der Beklagte der Masse die gewöhnliche cautio pro reconventione abfordern. Die Präclusion von der Masse steht dem Reconvenienten nicht entgegen, wie überhaupt Niemandem, welcher sich excipiendo aus der Masse bezahlt machen will; eben so wenig ist der Reconvenient auf die Procente beschränkt, welche für die im Concurse aufgetretenen Gläubiger abfallen. Verhandelt wird die Reconvention mit demjenigen, welcher Namens der Masse als Kläger aufgetreten ist; doch kann, wenn der curator bonorum geklagt hat, dieser statt seiner auch den Contradictor zum Zweck der Liquidation mit dem Widerkläger substituiren. Die Proceßart für die Reconvention ist dieselbe, wie außer dem Concurse, und es kann selbst der Mandats- und Executivproceß statt finden, welcher weggefallen wäre, wenn der Widerkläger als Liquidant im Concurse hätte auftreten müssen.

1) Dabelow S. 741.

Zehntes Hauptstück.

Von der Verbindung der Concurse über mehre Schuldner.

§. 152.

Ist der Fall einer Mehrheit von Schuldnern vorhanden, und diese stehen: A) in Societätsverhältnissen, und zwar 1) in einer Particularsocietät, wobei jeder Theil privatives Vermögen und privative Gläubiger hat, so läßt sich sehr wohl ein Concurs des Einen ohne alle Insolvenz des Anderen denken; allein wenn auch beide insolvent seyn sollten, ist dennoch ein doppelter Concurs zu eröffnen, das Societätsgut unter beide Concurse nach Verhältniß der Societätsantheile zu vertheilen und höchstens nur, so lange die factische Auftheilung noch nicht bewürkt ist, gemeinschaftlich zu verwalten, der Societätsgläubiger aber nach Maaßgabe der Societätsantheile zu einer theilweisen Profession der Forderung in jedem Concurse zu verweisen, wenn nicht obligatio in solidum der socii denselben sich blos an die eine Masse, oder auch an beide alternativ, zu halten berechtigt. Sogar 2) bei der Römischen societas omnium bonorum kann der eine Theil privative Gläubiger haben, z. B. aus den nach Eingehung der Societät durch verschwenderische oder widerrechtliche Handlungen contrahirten Schulden [1]; daher, wenn

1) l. 52. §. 10. l. 59. §. 1. D. pro socio. (17. 2.)

auch beide Gesellschafter insolvent seyn sollten, was auch hier nicht durchaus nothwendig ist, höchstens gemeinschaftliche Administration der Masse gilt; das Prioritätsurtheil aber jedem socius die Hälfte ausscheiden und die privativen Gläubiger eines jeden dafür besonders lociren, die gemeinschaftlichen aber zwischen beide Massen theilen muß. Hat ein socius noch Schulden aus der Zeit vor der Societät, so werden diese erst an dem eingebrachten Gute vorabgezogen [1]); werden sie dadurch nicht gedeckt, so fallen sie zur Hälfte auf die Masse des anderen socius, aber ohne die dem Gläubiger gegen den ursprünglich verhafteten socius zustehenden Privilegien, da der Gläubiger nur die Rechte seines Schuldners, also in der That eine bloße Societätsforderung des einen socius gegen den anderen verfolgt. B) Ueber das Vermögen der Ehegatten findet nach Römischem Rechte nie ein gemeinschaftlicher Concurs statt, eher nach Deutschem [2]), jetzt freilich in dieser Hinsicht nur noch particulairem, Rechte. Der leitende Gesichtspunkt ist hier dieser, daß der Mann in Folge der ehelichen Vogtschaft ein Dispositionsrecht über das Vermögen der Frau besitzt, und zwar über das Mobiliarvermögen ohne Einschränkung, über das Immobiliarvermögen für Nothfälle; welches Dispositionsrecht bei beerbter Ehe dadurch noch viel stärker wird, daß das Recht der Verwandten der Frau aufgehoben ist, und sich bei den vom Manne ebenfalls wieder abhängigen Kindern findet. Sieht man nun bei dem Rechte des Mannes 1) ganz ab von

1) Mein Röm. Privatr. I. §. 156. a.

2) Eichhorn's Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. I. §. 62. b. II §. 369. III. §. 451.; Deutsch. Privatrecht. §. 294 flg. Hasse's Güterrecht der Ehegatten (v. Savigny's Zeitschr. IV, 2.) Cropp's Recens. dieses Auff. in den Heidelb. Jahrb. 1823. S. 108 flg.

der erst später ausgebildeten Gütergemeinschaft, so muß jede Schuld des Mannes, sie sey in der Ehe oder vorher, auf rechtliche oder unrechtliche Weise contrahirt, aus dem Mobiliarvermögen, und um den Mann aus dem Schuldgefängniß zu lösen, weil nun ein Nothstand eintritt, sogar aus dem Immobiliarvermögen der Frau gezahlt werden, wodurch oft ein gemeinschaftlicher Concurs über das Vermögen des Mannes und der Frau herbeigeführt wird. Schulden der Frau während der Ehe sind ungültig, die vorher contrahirten sind zwar gültig, gehen aber nur von dem zugebrachten Gute der Frau vorab, ohne den Mann aus dem Seinigen zu verpflichten. Uebrigens wird vorausgesetzt, daß der Concurs des Mannes noch während fortdauernder Ehe entsteht, indem die Frau über die Dauer der Ehe hinaus mit ihrem Gute gar nicht mehr haftet. Der Auflösung der Ehe steht hier und da Flucht des Mannes gleich, als eine Einleitung und Art der Aufhebung der Ehe. Das Daseyn von Kindern aber bringt hin und wieder eine Ablösung der Schuld aus den Gütern der Frau noch nach des Mannes Tode mit sich. 2) Hat sich in Folge des Rechts des Mannes über das Vermögen der Frau in den späteren Statuten eine eheliche Gütergemeinschaft gebildet, deren Eintritt sich aber häufig auf den Fall, daß das Recht des Mannes noch durch das Daseyn von Kindern verstärkt ist, beschränkt, so fallen nun [1]) nicht blos wegen des Dispositionsrechts des Mannes, sondern auch nach der Natur eines einzigen un-

1) Ueber die verschiedenen Meinungen: Wesel de comm. bon. II, 3. J. H. Boehmer de comm. aeris alieni inter conj. (Exerc. ad P. Tom 4.) Lange v. d. Gütergemeinschaft. IV, 14. VII, 15. Scherer von d. Gütergemeinschaft. Th. I. §. 63. Danz Handb. des Deutsch. Privatr. VI §. 606. Hasse v. d. Gütergemeinschaft. §. 52.

getheilten und untheilbaren Vermögens alle Schulden des Mannes, sowohl die in der Ehe, selbst die aus verschwenderischen und widerrechtlichen Handlungen, als die vorher contrahirten, auf das gemeinschaftliche bewegliche und unbewegliche Gut. Schulden der Frau während der Ehe sind wieder ungültig; die vorher contrahirten aber gehen nicht blos von dem zugebrachten Gute vorab, sondern fallen auch, insofern dies letzte nicht zureicht, ebenfalls auf das gemeinschaftliche Gut. Die Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Trennung der Ehe, oder auf andere Weise, ändert an diesen Grundsätzen rücksichtlich der Schulden aus der Zeit vor der Aufhebung nichts ab, weil den Creditoren das einmal erworbene Recht an dem Vermögen nicht wieder entzogen wird; so daß nicht nur während, sondern auch noch nach aufgehobener Gütergemeinschaft, ein einziger Concurs über das gemeinschaftliche Gut herbeigeführt werden kann. 3) Wie sich künftig die Ehegatten und deren Erben wegen der Schulden unter einander zu berechnen haben, ist hier, wo nur das Verhältniß zu den Gläubigern in Betracht kommt, völlig gleichgültig. 4) Von den im Vorstehenden angedeuteten Grundprincipien giebt es zahllose, hauptsächlich aus Gründen der Billigkeit abgeflossene, Abweichungen einzelner Deutschen Länder und Oerter, welche hier nicht weiter verfolgt werden können.

Eilftes Hauptstück.

Von der Entstehung eines zweiten Concurses.

§. 153.

Nachdem der Concurs über den Schuldner beendigt worden, kann in der Folge noch ein zweiter entstehen, auch selbst durch das Nachmahnungsrecht der im ersten unbefriedigt gebliebenen Gläubiger. A) Von den Gütern gehört alles dahin, was noch nicht zu dem ersten Concurse herbeigezogen wurde, und was später erworben ist. B) Von den Gläubigern gehören dazu: 1) die im ersten Concurse unbefriedigt gebliebenen, 2) die, welche sich darin gar nicht meldeten, und 3) die erst später entstandenen; sämmtlich mit gleichem Rechte [1]. Einige lassen nur die letzten zu, wenn sich der Schuldner im ersten Concurse der cessio bonorum bediente, weil die übrigen dem Schuldner die Competenz gestatten müßten, und der Concurs beweise, daß diese fehle [2]; allein die Competenz gilt non deducto aere alieno [3]; es sind also auch die älteren Gläubiger

1) Gmelin Ordn. d. Gläubiger. Cap. 6. §. 4. Dabelow S. 124 flg. Thibaut Civ. Abh. I, 16. S. 354 flg.

2) Ulmann de locat. credit. in iterata ejusdem debit. cessione. Jenae 1804. Ich habe den Verfasser gleich nach Erscheinung der Schrift auf seinen Irrthum aufmerksam gemacht, und davon völlig überzeugt.

3) l. 19. §. 1. D. de re jud. (42. 1.)

zuzulassen, nur daß sie von demjenigen, was auf ihren Antheil fällt, dem Schuldner die Competenz zurückgeben müssen. Eben so wenig können die später entstandenen Gläubiger die Procente vorwegnehmen, welche die früheren schon im ersten Concurse empfingen, denn da die späteren Gläubiger gar kein Recht auf Theilnahme hatten, so gebührt denselben kein Ersatz für die Ausschließung vom ersten Concurse. Die Theilnehmer des ersten Concurses haben im zweiten auch wieder die alte Priorität, namentlich als Generalpfandgläubiger; nur die Specialpfandgläubiger, wenn der Gegenstand ihres Rechts schon früher zur Befriedigung verwandt ist, haben blos die Rechte chirographarischer Gläubiger.

Zwölftes Hauptstück.

Von dem Einfluß der Verschiedenheit der Territorien auf den Concurs.

§. 154.

So lange die Deutsche Justizpflege einen allgemeinen Zusammenhang hatte, galten die einzelnen Deutschen Länder von Rechtswegen als Theile eines Ganzen [1]), wenn gleich die Reichsgesetze ausdrücklich nur vorschrieben, daß die vom Schuldner in Bezug auf seine Insolvenz in ein anderes Deutsches Land fortgeschafften Güter verabfolgt werden sollten [2]); allein factisch geschah oft das Gegentheil von dem, was das Recht gebot, und jetzt ist das Verhältniß zu einem anderen Deutschen Lande sogar rechtlich nicht anders zu beurtheilen, als das zu jedem anderen ganz ausländischen Staate; nur daß unter Deutschen Ländern alte Angewohnheit, Convenienz und Gleichartigkeit der Justizverfassung zur Anerkennung einer Rechtsgleichheit und zur Gewährung der Rechtshülfe geneigter machen, als unter ganz fremden Ländern. I) Sind nun außer den inländischen Gläubigern auch auswärtige vorhanden, so genießen diese gleiches Recht mit jenen, nur müssen sie ihr Vorzugsrecht nach den inländischen Gesetzen begründen.

1) Gönner's Erört. zu Danz. No. 43. Dabelow S. 749 flg.

2) R. P. O. v. 1577. Tit. 23. §. 1. 2. 3.

Vorzügliche Befriedigungsrechte einzelner Stände, oder einzelner besonders begünstigten Anstalten, wenigstens wenn die Vorzüge nicht schon aus dem Römischen Rechte kommen und allgemein recipirt sind, und eben so Rechte des Staatsfiscus bleiben aber als Ausfluß der Staatsgewalt auf das eigene Territorium, welchem sie ursprünglich angehören, beschränkt [1]). Giebt man im Auslande den dortigen Gläubigern den Vorzug, so wird dies retorquirt [2]), aber nicht die im Auslande für Inländer und Ausländer gleich gut geltende abweichende Prioritätsbestimmung, weil sie die Rechtsgleichheit nicht verletzt und den inländischen Gläubigern eben so gut Vortheil, als Nachtheil bringen kann [3]). II) Hat ein Schuldner inländisches und ausländisches Vermögen [4]), und es ist A) in einem Lande in foro domicilii des Schuldners der Concurs eröffnet, so ist nicht blos über das inländische, sondern auch über das ausländische Vermögen, es bestehe in Grundstücken, Mobilien oder Forderungen gegen auswärtige Schuldner, 1) eine Competenz des inländischen Gerichts insofern begründet, daß die auswärtigen Besitzer und Schuldner sich cum effectu liberationis mit dem Concurs einlassen können. 2) Darf auch der Requisition des inländischen Richters von dem Auswärtigen durch Verhelfung zu dem Vermögen Folge geleistet werden, ausgenommen a) wenn im Auslande Klagen angebracht, oder Arreste ausgewürkt sind; denn das auswärtige Forum wird dem inländischen Concurse nicht aufgeopfert; wenigstens nicht, wenn es noch vor eröffnetem Concurse begründet wurde; b) wenn im Inlande die

1) Strube's Rechtl. Bed. V, 96. (Spang. 98. a.) Meißner v. stillschw. Pfandr. §. 25.

2) Gmelin Ordn. d. Gläub. Cap. 4. §. 31. Cap. 6. §. 1.

3) Mein Röm. Privatr. I. §. 183. e.

4) Reichhardt de effectu conc. rat. bon. territ. alieni. Jenae 1776.

auswärtigen Gläubiger zurückgesetzt werden, und es noch ungewiß ist, ob nicht durch dies Verfahren Schaden leidende Gläubiger entstehen werden; c) wenn der auswärtige Richter nicht auf eine gleiche Rechtshülfe rechnen kann, wo er wenigstens Reversalen zu fordern hat, und zwar der Sicherheit wegen nicht blos von dem requirirenden inländischen Richter, sondern von dessen Landesregierung. Eine Verpflichtung des auswärtigen Richters, hülfreiche Hand zu leisten, ist aber ohne Verträge nicht vorhanden, am wenigsten hinsichtlich des auswärtigen Immobiliarvermögens. Zwar berufen sich Einige auf die Einheit des Vermögens und die daraus hervorgehende Universalität des Concurses (§. 11.); aber dies ist nur ein privatrechtliches und den staatsrechtlichen Grundsätzen über das Verhältniß des In- und Auslandes untergeordnetes Princip. Andere sagen, da der auswärtige Richter andere Arten von Rechtshülfen gewähre, und wohl gar Urtheilssprüche vollziehe, so gelte ein gleiches hinsichtlich der Concursmaaßregeln; aber auch diese Rechtshülfe ist keine eigentliche Pflicht, und dann berühren sie das Interesse des fremden Staats weit weniger. Am ersten ist die Disposition über das auswärtige Gut statthaft, wenn die Eröffnung des Concurses nicht auf einer gerichtlichen Maaßregel, sondern auf einer Insolvenzerklärung des Schuldners selbst beruht, und wenn nicht das Gericht, sondern blos der Güterpfleger die Disposition vornimmt; obgleich der auswärtige Richter, wenn eine Requisition nöthig ist, diese nur von dem Richter, nicht von dem Güterpfleger annimmt. Zuweilen ist wohl auch die große Unbedeutenheit des auswärtigen Vermögens ein Grund, warum der auswärtige Richter dasselbe an den Universalconcurs abgiebt. Viel Arbitraires liegt in den vorangeschickten Regeln, und daher ist es nicht zu verwundern,

daß man in demselben Lande bald ungünstiger [1]), bald günstiger gegen das ausländische Concursgericht verfahren ist [2]). Was der ausländische Richter nach Befriedigung der Gläubiger, welche sich bei ihm gemeldet haben, übrig behält, überläßt er dem allgemeinen Concurse. Auch wird, was ein Schuldner wegen seiner Insolvenz vom Gute ins Ausland fortgeschafft hat, von dort stets verabfolgt [3]). B) Erfolgt nach den voranstehenden Bemerkungen keine Auslieferung an den Universalconcurs in foro domicilii, und es entsteht zugleich ein Particularconcurs in foro arresti, rei sitae, contractus, so ergreift derselbe niemals die auswärtigen Güter. C) Sollte der Schuldner im Inlande und zugleich auch im Auslande domiciliirt seyn, so wird ohne Rücksicht auf Prävention an beiden Orten der Universalconcurs eröffnet. Jeder Concurs zieht dann die inländischen Güter und Schuldner an sich. Findet sich zugleich Vermögen in einem dritten Lande, so geht ein Schuldner am sichersten, jedem Concurse die Hälfte zu zahlen, aber Pflicht ist dies wohl nicht [4]), da die mehren Massen nicht in Gemeinschaft treten, sich folglich als solidarische Gläubiger verhalten, unter welchen der Schuldner wählt, bis einer geklagt hat. Entschließt sich das Gericht zur Auslieferung, so erfolgt diese der Regel nach an den ersten Requirenten [5]). D) Der Concurs kann nicht anders irgendwo eröffnet werden, als wenn nicht blos in Rücksicht der hier gelegenen Güter,

1) Pufendorf Obs. I, 217. Strube's Rechtl. Bed. I, 118. (Spang. 693. a.) V, 27. (Spang. 767.)

2) de Canngiesser Dec. Hass. Cass. II, 248. no. 4.

3) R. P. O. v. 1577. Tit. 23. §. 1. 2. 3.

4) A. M. ist (v. Trütschler) von der Präcl. der Gläub. Absch. 5. §. 7. Not. 3.

5) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 5. §. 11.

sondern des ganzen Vermögens die Insolvenz eintritt, denn die Verschiedenheit der Territorien kann nur die Einheit des gerichtlichen Verfahrens stören, aber nicht die Lage des Schuldners verschlechtern und die Bedingungen des Concurses verändern; ausgenommen wenn die Rechtsverfolgung der Creditoren im Auslande unmöglich oder doch höchst schwierig wäre, und der Schuldner versäumte, den Mangel des inländischen Vermögens mit dem auswärtigen zu decken, in welchem Falle im Inlande nicht blos der judex domicilii den Universalconcurs, sondern wenn der Schuldner anderswo wohnt, auch der judex arresti, rei sitae, und contractus den Particularconcurs eröffnen darf, wodurch es dann zu einem particularen Concurse ohne universellen kommen kann. E) Die Eröffnung eines Particularconcurses findet nicht von Amtswegen statt, vielmehr muß eine der zur Eröffnung des Universalconcurses erforderlichen Veranlassungen eintreten. F) Die zur Aufschiebung oder Abwendung des Concurses dienenden Moratorien und Nachlaßverträge sind bei jedem der mehren Concurse besonders zu versuchen; doch können Gläubiger, welche in dem einen Concurse freiwillig in das Moratorium oder den Nachlaßvertrag einwilligten, wenn ihre Sicherheit dadurch nicht gefährdet wird, unter Umständen bei dem anderen Concurse wohl zu gleichen Bedingungen genöthigt werden. G) Die Gläubiger dürfen sich zum Zweck mehrer Sicherheit, nach den über die gleichzeitige Rechtsverfolgung in und außer dem Concurse geltenden Regeln (§. 53.), bei beiden Concursen zugleich melden, ohne die exceptio litis alibi pendentis fürchten zu dürfen, da es sich um die Conservation des Rechts an einer doppelten Vermögensmasse handelt. Es genügt aber auch, wenn sie sich als besonders bevorzugte Gläubiger

zur Ersparung der Kosten blos bei dem einen melden. Gläubiger mit einem Specialpfande können als hypothecarische natürlich nur da auftreten, wo sich der Gegenstand der Hypothek befindet. H) Die Präclusion bei dem einen Concurse ist für den anderen unschädlich; aber auch umgekehrt die Angabe bei dem einen ohne Nutzen für den anderen. J) Die Administration der Masse sowohl, als das Liquidations- und Prioritätsverfahren, ist bei beiden Concursen unabhängig von einander. K) Das Nämliche gilt von der Distribution, nur daß, wenn ein Gläubiger etwas erheben will, man sich zuvor über das von ihm in dem anderen Concurse etwa Erhobene zu vergewissern sucht, wohl gar, abweichend von den sonstigen Regeln über die Beweislast, durch eine dem Gläubiger, nicht blos der Masse, aufgelegte Bescheinigung [1]).

1) (v. Trütschler) a. a. O. Absch. 5. §. 8. 9.

Register.

A.

Abarbeiten der Schuld. §. 10.
Abgaben, öffentliche, deren Platz im Concurse. 41. 68.
Abwendungsmittel des Concurses. 12.
Acten über den Concurs. 146.
Actio Pauliana gegen Veräußerungen. 33.
— — — Zahlungen. 82.
— — — Pfandbestellung. 82.
— — — den Schuldner selbst. 87.
Active Repräsentation des Cridars. 59.
Activzustand des Cridars. 35.
Addictio im Röm. Concurse. 2.
Administrationsconcurs. 1.
— Befriedigung darin. 85.
Advocatenlohn. §. 78.
Advocatur im Concurse. 105.
Alienationen des Schuldners. 31.
Alienationsverbot. 112.
Alimentation des Cridars. 40.
Alimentenforderungen im Concurse. 49. 78.
Alter der Forderung. 67.
Amtswegen, von, was der Richter im Concurse darf. 90. 107. 111.
Anwalt, gemeinschaftlicher der Gläubiger. 105.
Anziehende Kraft des Concurses. 11.
— — des Concursgerichts. 93.
Apothekerforderung. 68. 78.
Appellation gegen Eröffnung des Concurses. 110.
— gegen das Prioritätsurtheil. 138. 139.

Armenrecht des Cridars. §. 30. 91.
— der Masse. 91.
Arrest im Concurse. 83.
Arretirung des Schuldners. 30. 112.
Arztlohn. 68. 78.
Assignation des Cridars an die Gläubiger. 81.
Ausgelassene Güter. 37.
Ausländische Gläubiger. 154.
Ausschuß der Creditoren. 95.

B.

Banquerott. §. 26.
Beerdigung des Cridars. 40.
Befriedigung eines Gläubigers durch Andere und daran geknüpfter Vorzug. 80.
Befriedigunsrecht der Gläubiger. 56.
Beneficium cessionis bonorum. 28.
— ejurationis bonae copiae. 24.
— excussionis und divisionis des Pfandbesitzers, correus debendi und Bürgen nach entstandenem Concurse des Hauptschuldners. 53.
Besate. 4.
Besoldung des Cridars, ob sie zur Masse gehört. 39.
Beweis im Liquidationsverfahren. 131.
Beweis im Prioritätsverfahren. §. 133.
Brunnemann. 8.
Buchschuld. 79.

C.

Canon, Platz im Concurse. §. 41.
Cautio pro expensis. 130. 134.
— — reconventione. 151.
Cautionsbefreiung der Masse. 55.
Cessio bonorum. 3. 28. 110. 120.
Chirurgenlohn. 68. 78.
Claproth. 8.
Classification der Gläubiger. 67.
Communen, deren Concurs. 24. 36. 40.
Communion der Gläubiger. 55.
— der Güter, in wie fern sie einen gemeinschaftlichen Concurs bewürkt. 152.
Compensation des Cridars gegen einen Gläubiger. 52.
— des Schuldners des Cridars. 61.
— des Masseschuldners. 43.
— im Falle der Separation. 149.
Competenz des Schuldners. 24. 36. 40.
— in Folge der cessio bonorum. 87.
Compromisse, Erlöschung durch Concurs. 34.

Concurs. §. 1.
— Administrationsconcurs. 1.
—, formeller. 27.
—, gemeinschaftlicher mehrer Personen. 152.
—, Germanischer. 4.
—, heutiger. 5.
—, imminenter. 27.
—, materieller. 27.
—, partieller. 1. 150. 154.
—, Preußischer. 5.
—, Römischer. 2.
—, Sächsischer. 5.
—, universeller. 1.
—, zweiter. 153.
Concursacten. 146.
Concursgericht. 92.
Concursgläubiger. 43.
Concurskosten. 91.
Concursmasse. 35.
Concursproceß. 89.
—, dessen summ. Natur. 90.
Contradictor. 102. 114.
Conventionalstrafe, ob sie nach dem entstandenen Concurse verfällt. 49.
Corps der Gläubiger. 55.
Creditor massae. 48. 128.
— in militiam. 71.
— zum Nutzen. 70.
Crida. 1.
Culpa der creditores immissi. 58.
— des Güterpflegers. 100.
Curator bonorum. 2. 98.

D.

Dabelow. §. 8.
Datio in solutum des Cridars. 81. 82. a.
Decretum de aperiundo concursu. §. 26. 110.
Defensio als Grund der Aufhebung des Concurses. 88.
Depositum, Platz im Concurse. 76.
Dispositionen des Cridars. 31.
Distribution der Masse. 83. 140.
Distributionsbescheid. 142.
Distributionstermin. 142.
Donatarii im Concurse. 33. 79.
Dos, deren Vorzüge im Concurse. 70. 76.
Dotationspflicht des Cridars. 49.
Dritte Classe. 69.

E.

Edictalladung. §. 106. 113.
Ehefrau, deren Vorzugsrechte. 70. 76.
Ehegatten, deren gemeinschaftlicher Concurs. 152.
Ehrlosigkeit des Cridars. 30.
Eide des Gläubigers und Contradictors. 132.
Eigenthumsvorbehalt, dessen Vorrecht im Concurse. 46.
Einheit des Concurses. 11.
Einrede s. exceptio.
Eiserne Briefe. 13.

Ejuratio bonae copiae. §. 24.
Erbgeld, dessen Vorrecht im Concurse. 41.
Erbgut. 36.
Eröffnung des Concurses. 26. 110.
Erste Classe. 68.
Evictionsleistung der verkauften Massegüter. 57.
Exceptio non numeratae dotis. 131.
— — — pecuniae. 131.
Exceptionen des Contradictors. 134.
Executionen zum Besten Einzelner im Concurse. 81. 83.
Exmission des Cridars. 57.

F.

Fallissement. §. 26.
Faustpfand, ob es zur Concursmasse geliefert wird. 47.
— dessen Vorzug vor der Hypothek. 69. 74.
Fideicommiß der Früchte. 36.
Fideicommißgut. 36.
Fiscus, dessen Platz im Concurse. 68. 70. 76. 79.
— dessen Revocationsrecht gegen bezahlte Gläubiger. 82.
Formeller Concurs. 27.
Forum concursus. 92.
— domicilii. 92.
— judicis superioris. 92.
— miserabilium personarum. 92.
Forum privilegiatum. §. 92.
— reconventionis. 151.
— rei sitae. 92.
Fünfte Classe. 79.

G.

Gantproceß. §. 1.
Geleit, sicheres. 30.
Gemeinschaft der Gläubiger. 55.
— der Güter, in wie fern sie einen gemeinschaftlichen Concurs bewürkt. 152.
Gemeinschaftlicher Gläubiger Anwalt. 105.
Generalcontradictor. 102.
Gericht des Concurses s. Forum.
Gesindelohn. 68.
Geständnisse des Cridars zum Vortheil des Gläubigers. 131.
Gmelin. 8.
Gnadenjahr des verstorbenen Schuldners, ob es zur Masse gehört. 38.
Gönner. 8.
Gratification gegen einen Gläubiger. 82. b.
Grundrente, deren Platz im Concurse. 41.
Güterabtretung. 3. 28. 110. 120.
Gütergemeinschaft, in wie fern sie einen gemeinschaftlichen Concurs bewürkt. 152.
Güterpfleger. 98. 114.

Güteversuch im Concurse. §. 106.

H.

Handelsbücher des Schuldners. §. 30.
Handwerkslohn. 68. 78.
Happel. 8.
Hypothekenbücher. 74.

J.

Imminenter Concurs. §. 27.
Immission. 2.
Immobiliarmasse. 74.
Induciae. 13.
Infamie des Cridars. 30.
Inländische Gläubiger. 154.
Insolvenz des Schuldners. 24.
Interimistische Verfügungen gegen den Schuldner. 109.
Intervention des Cridars. 96.
— der Creditoren. 130.
— Dritter gegen die Concurseröffnung. 110.
Inventarium der Masse. 122.
Journal über den Concurs. 146.
Jus offerendi et succedendi, dessen Fortdauer im Concurse. 52.
Justificationstermin. 111.

K.

Kori. §. 8.
Kosten des Concurses. 91.
— des Prioritätsurtheils. 136.
— der Profession. 115.
— der Separation. 150.
Kostenersatz an die Vindicanten. 127.
— im Liquidationsverfahren. 130.
— im Prioritätsverfahren. 133.
Krafft. 8.
Krankheitskosten, deren Vorzug. 68.

L.

Ladung an die Gläubiger. §. 113.
Lehngüter. 36.
Leichenkosten, deren Vorzug. 68. 76.
Lex commissoria, ob sie nach entstandenem Concurse von Würkung ist. 49.
Liedlohn. 68.
Liquidationskosten. 91. 115. 130.
Liquidationsprotocoll. 115.
Liquidationstermin. 111. 115.
Liquidationsverfahren 129.
Litispendenz, ob sie durch den Concurs gestört wird. 93.

Litterae respirationis. §. 13.
Locationsurtheil. 136.
Ludovici. 8.

M.

Magister bonorum vendend. §. 2.
Mandate, Erlöschung durch Concurs. 34.
Manifestationseid. 57. 123.
Markzahl. 4.
Martin. 8.
Masse. 35.
Massegläubiger. 42. 48. 64. 128.
Masselasten. 40.
Masseschuldner. 63.
Materieller Concurs. 27.
Mehrheit der Gläubiger, in wie fern sie zum Concurse erforderlich ist. 24.
Minorenne, deren Vorzugsrecht gegen die Vormünder. 76.
Mittermaier. 8.
Mobiliarmasse. 74.
Mora nach erlangtem Moratorium. 14.
— nach entstandenem Concurse. 49.
Moralische Person, ob sie des Concurses fähig ist. 24.
— — ob das Corps der Gläubiger als eine solche anzusehen ist. 55.
Moratorium. 13.
Mutatio professi. 130.

N.

Nachlaßvertrag. §. 19.
Nachmahnungsrecht der Gläubiger. 87.
Nichtigkeitsklage gegen Veräußerungen des Schuldners. 33.
Notariatslohn. 78.

O.

Oberrichter, dessen Befugniß im Concurse. §. 92. 94.
Oeffentliche Abgaben. 68.
Oeffentliches Pfandrecht. 73. 74.
Officialverfahren im Concurse. 90. 107. 111.
Onera publica. 41.

P.

Papiere des Eridars. §. 57.
Par conditio creditorum. 11.
Particularconcurs. 1. 150. 151.
Passive Repräsentation des Eridars. 59.
Passivzustand des Eridars. 43.
Patrimonialgerichtsbarkeit, deren Ausübung während des Concurses. 36.
Patronatrecht, dessen Ausübung während des Concurses. 36.
Paulianische Klage s. actio Paul.

Person des Schuldners. §. 10. 30.
Personalabgaben des Schuldners, in wie fern sie in den Concurs gehören. 49.
Pfandgläubiger, ob sie Theilnehmer des Concurses sind. 47.
—, in wie fern sie im Concurse als solche gelten. 51.
—, deren Platz im Concurse. 69.
Pfandprotocolle. 74.
Pignus privatum. 73.
— publicum. 73. 74.
Präclusion von dem Concurse. 116. 130.
Präclusivdecret. 118.
Prävention unter mehren Concursgerichten. 92.
Primipilarschuld. 70.
Prioritätsurtheil. 136.
Prioritätsverfahren. 129.
Privatladung der Gläubiger. 113.
Privatpfandrecht. 73.
Privilegium exigendi. 75.
— pignoris. 70.
Proclam zum Güteversuch. 106.
— zur Anmeldung im Concurse. 113.
— zum Zweck des Verkaufs von Immobilien. 124.
Procuratoren im Concurse. 105.
Procuratorenlohn. 78.
Profession im Concurse. §. 115.
Professionskosten. 91. 115.
Professionsprotocoll. 115.
Professionstermin. 115.
Proscriptio im Röm. Conc. 2.
Puchta. 8.
Pupillen, deren Vorzugsrecht gegen die Vormünder. 76.

Q.

Quasiseparation. §. 148.
Quinquagesima emphyt. 41.
Quinquenellen. 13.

R.

Rechnungsablage des Güterpflegers und Gerichts an die Gläubiger. §. 120.
Reconventionen im Concurse. 151.
Reinhardt. 8.
Repräsentation des Cridars durch die Gläubiger. 59.
Repudiationen des Cridars. 38.
Res publica, deren Vorzugsrecht. 76.
Reservirte Hypothek. 69.
Reservirtes Eigenthum. 46.
Restitution gegen die Präclusion. 119.

Retentionsrecht gegen das Corps der Gläubiger. §. 60. 62.

S.

Salgado de Somoza. §. 8.
Schenknehmer im Concurse. 34. 79.
Schuldgefängniß. 10.
Schuld- und Pfandprotocolle. 74.
Schuldthurm. 10.
Selbsthülfe des Gläubigers gegen den Schuldner. 81.
Separationen der Güter und Gläubiger. 147.
Separationsmethode bei Anlegung der Concursacten. 146.
Separatisten. 43. 147.
— ex jure crediti. 147.
— ex jure dominii. 147.
Sicheres Geleit. 30.
Singularsuccession der Gläubiger. 59.
Societät, Erlöschung durch Concurs. 34.
Socii, deren gemeinschaftlicher Concurs. 152.
Specialcontradictor. 102.
Stammgüter. 36.
Steckbriefe gegen den Schuldner. 30. 112.
Stimmenmehrheit der Gläubiger. 55.
Strafgeld, dessen Platz im Concurse. 79.
Stückzahlung im Concurse. §. 85.
Stundung. 13.
Succession der Gläubiger. 59.
Suspensiveffect der Appellation gegen Eröffnung des Concurses. 110.

T.

Tagelohn. §. 68.
Terminzahlung. 17.
Territorialverschiedenheit, in ihrem Einflusse auf den Concurs. 154.
Theilung in die Masse. 57.

U.

Ungehorsam im Anmelden der Forderung. §. 116.
— im Liquidationsverfahr[en]. 130. 134.
— im Distributionstermin. 143.
Universalconcurs. 1.
Universalität des Concurses. 11.
— des Concursgerichts. 93.
Universalsuccession der Gläubiger. 59.

V.

Venditio bonorum im Röm. Conc. §. 2.
Veränderungen des Professum. 130.
Veräußerungen des Schuldners. 31.

Veräußerungsverbot. §. 112.
Vergleichsversuch im Concurse. 106.
Verjährung gegen den Cridar, Sistirung während des Concurses. 31.
Verkauf im Concurse. 57. 124.
Vermächtnißnehmer im Conc. 33. 79.
Versiegelung der Masse. 112.
Vierte Classe. 75.
Vindicanten. 43. 44. 127.
Vorbehaltene Hypothek. 69.
Vorbehaltenes Eigenthum. 46.
Vorkaufsrecht im Concurse. 57.
Vorstandsgelder bei Pachtungen, deren Verhältniß im Concurse. 61.

W.

Wechselproceß gegen den Cridar. §. 10. 53. 83.
Wechselschuld, deren Platz. 79.
Widerklagen im Concurse. §. 151.
Wiedereinsetzung gegen die Präclusion. 119.
Witthum, in wie fern es im Concurse gefordert werden kann. 49.

Z.

Zahlungen an den Cridar, in wie fern sie gegen die Creditoren schützen. §. 61.
— des Cridars an die Gläubiger. 81. 82.
Zahlungsverbote an die Schuldner des Cridars. 112.
Zeugniß des Cridars zum Besten des Gläubigers. 131.
Zinsen, in wie weit sie während des Moratoriums laufen. 14.
—, in wie weit sie in den Concurs gehören. 50.
—, in wie weit sie die Priorität des Capitals genießen. 80.
—, ob sie vor dem Capitale zur Zahlung kommen. 85.
Zweite Classe. 69.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Druckfehler.

S. 10. Z. 10. statt 18te Jahrh. lies 16te.

Druck von Friedrich Ernst Huth.

[Bibliotheksstempel]

SBB013400252994

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schweppe, Albrecht,

Das System des Concurses der Gläubiger nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte

Göttingen 1829

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.313-a
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703488-7